jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 1990/11/14 1Ob711/89

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.11.1990

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann, Dr.Schlosser, Dr.Graf und Dr.Schiemer als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gustav E*** Vertriebsgesellschaft mbH, Seekirchen, vertreten durch Dr.Erhart Weiss, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei S***-O*** Aktiengesellschaft, Wien 9., Liechtensteinstraße 22, vertreten durch Dr.Anton Gruber und Dr.Arno Gruber, Rechtsanwälte in Wien, wegen 2,027.952,72 S infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 18.September 1989, GZ 4 R 133/89-118, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 8.Dezember 1988, GZ 15 Cg 39/82-107, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die in Ansehung der Abweisung eines Teiles des Zinsenbegehrens als unangefochten unberührt bleiben, werden im übrigen aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten

**Text**

Begründung:

Die Klägerin lieferte an die Beklagte über deren Auftrag eine "Gemengeanlage" zur Herstellung von Hohlglas, ausgelegt auf eine Tagesleistung von 450 t Gemenge (ohne Scherben) in 16 Stunden sowie eine von der D*** electronic Gesellschaft mbH & Co KG (im folgend D*** KG) entwickelte elektronische Steuerung für den automatischen Betrieb des kompletten Gemengehauses. Das Anbot der Klägerin vom 15. Februar 1979 enthält den Hinweis "Soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt, gelten die Allgemeinen Lieferbedingungen des Fachverbandes der Maschinen- und Stahlbauindustrie Österreichs....". Die Bestellung der Beklagten erfolgte "zu den umseitig angeführten Einkaufsbedingungen, die auch dann Gültigkeit haben, wenn sie Ihren Lieferbedingungen widersprechen....". Auf der Rückseite der Bestellung ist ua folgende Bestimmung enthalten: "Arbitrage: In Fällen von Meinungsverschiedenheiten werden beide Vertragspartner bestrebt sein, sich auf gütlichem Wege zu einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, wird das Schiedsgericht der Deutschen Handelskammer in Österreich, mit Sitz in Wien angerufen. Beide Vertragspartner unterwerfen sich dessen Spruch". Die Klägerin bestätigte am 23.Oktober 1979 schriftlich unter Anschluß der Allgemeinen Lieferbedingungen des Fachverbandes der Maschinen- und Stahlbauindustrie Österreichs den Auftrag der Beklagten wie folgt:

"....Den in ihrer Bestellung enthaltenen Bemerkungen zu....Arbitrage....stimmen wir ohne Einschränkung zu". Das

Gemengehaus beinhaltet zwei getrennte Produktionsanlagen für Grün- und Weißglas, die jedoch von nur einer Dosieranlage incl. Waagen beschickt werden. Die Gesamtsteuerung beider Produktionsanlagen erfolgt durch unabhängige elektronische Systeme zweier Lieferanten (D*** KG und H***-B***). Die Gemengesteuerung zum Dosieren und Mischen lag im Verantwortungsbereich der D*** KG. Die Sollwerte für die jeweils zu produzierende Glassorte liegen als "Rezepte" im Werk auf und werden über Tastaturen von einer Meßwarte aus eingegeben. Das Dosiersystem besteht aus einer elektronischen Steuerung und einer Dosieranlage, es dosiert das Gemenge über sieben Waagen und arbeitet abwechselnd für die Grün- und Weißglasproduktion. Die Gemengequalität wird nur gesteuert, das Ergebnis der Dosierung aber nicht automatisch kontrolliert. Eine automatische Regelung der Gemengequalität ist technisch und wirtschaftlich kaum realisierbar. In Betrieb genommen wurde die Grünglasproduktion im Juli 1980, die Weißglasproduktion im Zeitraum März bis Mai 1981. Die Dosiersteuerung wurde bereits im Zusammenhang mit der Grünglasanlage im Juni 1980 von der D*** KG errichtet.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin weiters a) am 15.Oktober 1980 mit der Lieferung einer "Ersatzteil-Grundausstattung" für die 1979 gelieferte Gemengeanlage unter Einschluß all jener Verschleißteile, die erfahrungsgemäß innerhalb einer Betriebszeit von ein bis zwei Jahren ausgewechselt werden müssen, b) am 11.März 1981 mit der Durchführung der Elektroinstallationsarbeiten zur Gemengeversorgung der Weißglaswanne - als zweite Ausbaustufe des Werkes Pöchlarn - und c) am 18.August 1981 mit der Lieferung eines Staubfilters für die Gemengeanlage. Die Klägerin legte über diese Zusatzaufträge Rechnungen: für die Ersatzteillieferung am 29.April 1981 über 1,100.409 S, für die Elektroinstallationsarbeiten über 837.509,72 S und für den Staubfilter über 90.034 S. Die Streitteile vertreten übereinstimmend die Auffassung, daß die Schiedsgerichtsklausel auch auf die Folgeaufträge anwendbar ist. Ing.Fridolin L***, Projektleiter und Programmierer für mikroprozessorgesteuerte Dosieranlagen der D*** KG war im März/April 1981 in Ausführung des Auftrages vom 11.3.1981 mit der Ablaufsteuerung (Funktionieren der Transportwege und das Zusammenspiel des Dosiersystems für Weiß- und Grünglas) der Weißglaswanne befaßt, nachdem verschiedene mechanische und elektronische Änderungen durch die Klägerin gemacht worden waren. Die Steuerungsanlage für die Grün- und Weißglasanlage befindet sich ebenso wie die beiden Monitoren im selben Schrank. Als sich am 8. April 1981 ein geringfügiger Fehler beim Ausdruck der Gemengewerte der bis dahin klaglos gelaufenen Grünglasanlage zeigte (Ausdruck falscher Ziffern, obwohl das Gemenge in Ordnung war), versuchte Ing.Fridolin L*** diesen Fehler "zwischendurch" neben seiner Tätigkeit bei Inbetriebnahme der Weißglaswanne - bei der Grünglasanlage waren für mechanische und elektronische Fehler andere Ingenieure zuständig - zu beheben. Ing.Fridolin L*** nahm, ohne mit jemandem Rücksprache zu halten, am 8.April 1981 zwischen 15.00 Uhr und 17.00 Uhr dazu Karten (Printplatten) der Dosieranlage heraus, die keine Daten enthielten, sondern nur zur Datenweitergabe (Adressierkarten) dienen, fand den Fehler nicht und tauschte die Karten später wieder zurück. Das Ziehen von Karten in elektronischen Systemen während des Betriebes ist generell nicht zulässig; bei Servicearbeiten ist es nur durch geschultes Servicepersonal durchzuführen, wobei nach Abschluß derartiger Arbeiten eine Kontrolle der Eingabedaten (hier: Rezepturdaten und Wiegefaktoren) erfolgen sollte. Durch den Kartentausch (Ziehen und Wiedereinstecken der "externen Speicherkarte K 14" - schaltungstechnisch keine Speicherkarte) wurden unbeabsichtigt einzelne Wiegefaktoren geändert. In der Folge wurde an diesem Tag ab etwa 20.30 Uhr auf dem ständig laufenden Schreiber ein sehr starker Rückgang der Gaszufuhr beobachtet; die Monitore und die am nächsten Tag analysierten Laborwerte der um 17.00 Uhr gezogenen Gemengeproben wiesen einen Dosierfehler (zu hoher Sodagehalt des Glases bzw zu geringe Sandbeigabe) auf. Dadurch wurde das Gemenge unbrauchbar. Ursache des Fehlgemenges bei der Grünglasproduktion waren falsche Eichfaktoren in der elektronischen Dosieranlage, die für sich allein die Entstehung eines Fehlgemenges nicht verhindern kann. Die Auswirkungen des Fehlgemenges (Produktion von Ausschuß) hätten durch den Aufbau funktionsfähiger Regelkreise mit einem dem Produktionsprozeß angepaßten Zeitverhalten (insbesondere Gemengeprobeentnahme, Analyse, Rückmeldung) stark reduziert oder sogar verhindert werden können. Das bei der Beklagten realisierte Zeitverhalten war dadurch gekennzeichnet, daß Gemengeproben in einem Zeitabstand von durchschnittlich sechs Stunden entnommen und Gemengeanalysen im Labor nur während der Tagesschicht durchgeführt wurden, während die Produktion im Dreischichtbetrieb "rund um die Uhr" erfolgt. Dieses Zeitverhalten entspricht nicht den Anforderungen an das Qualitätssicherungssystem, weil nur bei Feststellen von Fehlgemengen noch vor dem Schmelzvorgang die Produktion von Ausschuß weitgehend verhindert werden kann. Das Intervall der Probeentnahme betrug am 8./9.April 1981 fast elf Stunden, die Probeanalyse erfolgte am 9.April 1981 um etwa 7.00 Uhr, also mit einer Zeitverzögerung von etwa fünf Stunden. Zwar ist das Auftreten des Fehlers, das heißt die Veränderung der Wiegefaktoren in den Speicherplatten durch Ziehen der "externen Speicherkarte K 14" ein

technischer Mangel, doch ist es in keiner technischen Anlage vorgesehen, daß bei laufendem Betrieb von Steuereinheiten elektrischer oder elektronischer Art Karten gezogen werden. Ein Tausch der Karte im Dosiersystem im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme der Weißglasanlage war nicht erforderlich, weil das Dosiersystem bereits bei der Inbetriebnahme der Grünglasanlage justiert und geeicht wurde und dasselbe Dosiersystem bei Grün- und Weißglasproduktion verwendet wird.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten 2,027.952,72 S sA für ihre Zusatzleistungen und -lieferungen entsprechend den drei genannten Rechnungen.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und wendete zwei Gegenforderungen ein:

1.) Aus dem Titel der Gewährleistung bzw des Schadenersatzes Mehrkosten von 1,800.000 S, weil die von der Klägerin errichtete Anlage an gerügten Mängeln leide. Die zur Bedingung gemachte Förderleistung von 30 t/h Quarzsand bzw 25 t/h Soda, Kalk etc werde bei der Entladung von vierachsigen "UACS"-ÖBB-Waggons nicht erreicht. Die Minderleistung bedinge hohe Mehrkosten für Löhne, Luftverbrauch etc. Die Klägerin sei vergeblich zur Mängelbehebung aufgefordert worden.

2.) Aus dem Titel des Schadenersatzes 1,100.000 S mit dem wesentlichen Vorbringen, die Klägerin habe die Herstellung der elektronischen Steuerung für den automatischen Betrieb des kompletten Gemengehauses übernommen. Im Zuge der Inbetriebnahme der Weißglasproduktion habe die D*** KG als Erfüllungsgehilfe der Klägerin an der Steuerungsanlage für die Weiß- wie für die Grünglasproduktion Montagearbeiten durchgeführt. Ing.Fridolin L***, ein Monteur der D*** KG habe eine Programmkarte getauscht, ohne sich die Daten der alten Programmkarte ausdrucken zu lassen und sie mit jenen der neuen Karte zu vergleichen. Dadurch sei es zu einem Dosierungsfehler bei der Herstellung des zur Grünglasproduktion erforderlichen Gemenges gekommen, das Gemenge sei unbrauchbar geworden und die Grünglasproduktion für 41 Stunden ausgefallen. Die Klägerin habe überdies der Beklagten eine dem technischen Standard zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht entsprechende elektronische Steuerungsanlage verkauft, sodaß durch Ziehen einer Programmkarte das Fehlgemenge habe eintreten können, weil keine Sicherungen zur Verhinderung solcher Fehler vorhanden gewesen seien; dies habe die Klägerin nach § 1299 ABGB zu vertreten.

Die Klägerin replizierte zu den beiden Gegenforderungen: Dem Grundauftrag lägen die Allgemeinen Lieferbedingungen des Fachverbandes der Maschinen- und Stahlbauindustrie Österreichs zugrunde, die eine Schiedsgerichtsklausel enthielten. Die einredeweise Geltendmachung von Gegenforderungen aus dem Vertragsverhältnis samt Zusatzbestellungen sei demnach unzulässig. Allfällige Ansprüche der Beklagten aus einem Mangel der pneumatischen Sandentlade- und Silobeschickungsanlage seien verglichen worden; die Anlage sei mangelfrei. Die Klägerin sei zur D*** KG, was den Auftrag zur Behebung des Ausdruckfehlers betreffe, in keinem Vertragsverhältnis gestanden, sodaß sie auch für das schädigende Verhalten des Ing.Fridolin L*** nicht einzustehen habe. Der Dosierfehler sei auf einen nicht von der Klägerin zu vertretenden Zufall zurückzuführen. Der allenfalls eingetretene Schaden wäre auch durch ordnungsgemäße Kontrollen des Produktionsvorganges vermeidbar oder doch erheblich geringer zu halten gewesen.

Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung als zu Recht und die Gegenforderung über 1,100.000 S als nicht zu Recht bestehend, wies die Einrede der behaupteten Gegenforderung von 1,800.000 S zurück und verhielt demgemäß die Beklagte unter Abweisung eines Teiles des Zinsenbegehrens zur Bezahlung des Klagsbetrages.

In rechtlicher Hinsicht vertrat der Erstrichter im wesentlichen den Standpunkt, die Parteien hätten zunächst einen Werkvertrag samt Zusatzverträgen geschlossen, wobei die sich widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen beider Parteien aus dem Vertrag "herausfielen". Ausdrücklich zugestimmt habe die Klägerin aber dem Vertragspunkt "Arbitrage", wonach Meinungsverschiedenheiten mangels Einigung vor dem Schiedsgericht der Deutschen Handelskammer mit Sitz in Wien ausgetragen werden sollten. Die Klagsforderung bestehe zu Recht, weil die Klägerin die Elektroinstallationsarbeiten auftragsgemäß durchgeführt und sowohl die Ersatzteilausstattung als auch den Filter bestellungsgemäß geliefert habe. Der beim Erfüllungsgehilfen der Klägerin, der D*** KG, beschäftigte Ing.Fridolin L*** sei nicht mit Arbeiten an der Grünglasanlage betraut gewesen und habe daher den Schaden nicht bei Erfüllung verursacht. Der Klägerin könne nicht vorgeworfen werden, daß sie für die Erbringung ihrer Leistung ungeeignete Gehilfen eingesetzt habe; sie habe sich vielmehr eines auf Steueranlagen spezialisierten Subunternehmens mit entsprechendem Fachpersonal bedient, sodaß sie für Fehlleistungen des Gehilfen nicht verantwortlich (iS des § 1315 ABGB) sei. Die Bereinigungswirkung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleiches habe die allfällige

Gegenforderung der Beklagten aus der mangelhaften Herstellung der pneumatischen Förderanlage zwar nicht umfaßt, es unterliege aber diese Forderung der Entscheidung eines Schiedsgerichtes, sodaß die Gegenforderung von 1,800.000 S gegen die eingeklagte Forderung nicht aufgerechnet werden könne.

Das Berufungsgericht wertete das Rechtsmittel der Beklagten gegen die erstgerichtliche Zurückweisung der Gegenforderung von 1,800.000 S als Rekurs, dem es nicht Folge gab, verwarf die Berufung, soweit Nichtigkeit geltend gemacht wurde, und gab im übrigen der Berufung nicht Folge. Zu beiden Gegenforderungen teilte es im wesentlichen den Rechtsstandpunkt des Erstgerichtes.

**Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Beklagten ist berechtigt.

Zur Klagsforderung:

Richtig ist, daß Tatsachen, die zwar nicht ausdrücklich bestritten wurden, die aber auch nicht zugestanden wurden, beweisbedürftig sind (SZ 48/35 ua; Fasching III 249 und Lehrbuch2, Rz 843). Neben dem ausdrücklichen Geständnis iS des § 266 Abs 1 ZPO gibt es aber auch ein schlüssig abgegebenes Geständnis iS des§ 267 Abs 1 ZPO. Ob in diesem Sinn tatsächliche Behauptungen einer Partei als zugestanden anzusehen seien, hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhaltes des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen. So kann insbesondere unsubstantiiertes Bestreiten als schlüssiges Geständnis gewertet werden (SZ 55/116; Fasching, Lehrbuch2 Rz 843). Die Beklagte gestand in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 7.7.1988 die rechnungsmäßige Richtigkeit der Klagsforderung "unter neuerlichem Hinweis auf das sonstige Vorbringen" zu. Das sonstige Vorbringen bestand aber nur in der Einwendung von Gegenforderungen; ein Vorbringen, dem zu entnehmen gewesen wäre, daß die Beklagte die aus drei Teilbeträgen bestehende Klagsforderung der Höhe nach bestreitet, wurde nicht erstattet. Demzufolge konnten die Vorinstanzen davon ausgehen, daß die Berechtigung der geltend gemachten Klagsforderung (schlüssig) zugestanden wurde.

Zur Gegenforderung von 1,800.000 S:

Die Aufrechnungseinrede ist der Sachantrag des Beklagten, mit dem die Entscheidung durch Urteil begehrt wird, daß die Klagsforderung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung ganz oder teilweise erloschen und das Klagebegehren deshalb abzuweisen ist (Fasching Lehrbuch2 Rz 1283). Stellt die Aufrechnungseinrede einen eigenen Urteilsantrag dar, hat die Entscheidung über die Gegenforderung im Urteilsspruch zu erfolgen, und zwar sowohl dann, wenn die Gegenforderung als zu Recht bestehend bzw als nicht zu Recht bestehend erkannt wird, als auch wenn sie, weil die Aufrechnungsvoraussetzungen fehlen, abgewiesen oder aber die Aufrechnungseinrede wegen ihrer prozessualen Unzulässigkeit zurückgewiesen wird (vgl die Formulierungsmuster bei Fasching, Lehrbuch2 Rz 1293, Rechberger-Simotta, Zivilprozeßrecht3 Rz 328). Die Entscheidung über die Gegenforderung hat daher in allen diesen Fällen (gemäß § 545 Abs 3 GeO) als Teil des dreigliedrigen Urteilsspruches zu ergehen (so auch für den Fall der Abweisung der Aufrechnungseinrede 5 Ob 759/79). Die klagsstattgebende Entscheidung des Erstrichters ist daher vom Beklagten, der geltend machen will, daß der Ausspruch über die einredeweise geltend gemachte Gegenforderung unzutreffend ist, weil der Erstrichter zu Unrecht deren Bestand oder deren Aufrechenbarkeit verneinte oder zu Unrecht die prozessuale Unzulässigkeit der Geltendmachung der Gegenforderung annahm, mit Berufung zu bekämpfen (vgl Fasching Komm III S 585, zweiter Absatz aE). Es ist dies allein schon deshalb gerechtfertigt, weil der Ausspruch über die Gegenforderung in einem untrennbaren Sachzusammenhang mit der noch überprüfbaren Entscheidung über die Klagsforderung steht (SZ 42/168). Selbst wenn man aber in der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede einen (in das Urteil aufgenommenen) Beschluß erblicken wollte (vgl RZ 1985/36), hätte doch die Bekämpfung der klagsstattgebenden Entscheidung durch den Beklagten (wegen des Zurechtbestehens der Gegenforderung) mit dem gegen die Hauptsachenentscheidung zulässigen Rechtsmittel zu erfolgen. Eine Anfechtung der Entscheidung über das Klagebegehren mit Berufung und der Entscheidung über die Gegenforderung (die für sich allein überhaupt nicht in Rechtskraft erwachsen kann: SZ 42/168) ist abzulehnen. Da nicht die gewählte, sondern die vom Gesetz vorgesehene Form der Entscheidung maßgebend ist (SZ 49/40; Fasching Lehrbuch2 Rz 1686), steht § 528 ZPO der Anfechtung der Entscheidung des Berufungsgerichtes in Ansehung des Ausspruchs über die Gegenforderung nicht entgegen.

Die Frage, ob im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht mit einer Forderung aufgerechnet werden kann, die nach der Vereinbarung der Parteien vor einem Schiedsgericht geltend zu machen ist, ist seit jeher umstritten. Die herrschende

Rechtsprechung (EvBl 1964/132; JBl 1957, 647; SZ 22/50; SZ 6/274) vertritt die Auffassung, daß die Aufrechnung nur zulässig ist, wenn die Forderung bereits vom Schiedsgericht rechtskräftig festgestellt ist. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt (vgl JBl 1957, 647), bei Zulässigkeit der Aufrechnung würden die ordentlichen Gerichte über einen Anspruch entscheiden, der ihnen gemäß der Vereinbarung der Parteien entzogen sein soll, was geradezu einer Sanktionierung der Vertragsbrüchigkeit gleichkäme und die Bestimmungen über das schiedsgerichtliche Verfahren illusorisch machen würde. Auch die ältere Lehre vertrat überwiegend diese Auffassung, wobei zur Begründung auch darauf verwiesen wurde, daß für Forderungen, die der Beurteilung eines Schiedsgerichtes unterliegen, der Rechtsweg unzulässig ist (Ehrenzweig, System2 II/1, § 348; Neumann Komm4 II 119; Gschnitzer in Klang2 VI 502). Einige Autoren gewähren dem Kläger gegen die einredeweise Geltendmachung einer solchen Gegenforderung die Einrede des Schiedsvertrages (Sperl, Bürgerliche Rechtspflege 786; Fasching Komm III 166 im Gegensatz zu seiner sonst vertretenen Auffassung; Holzhammer, Zivilprozeßrecht2 294). In der neueren österreichischen Prozeßrechtslehre vertritt vor allem Fasching die Auffassung, daß der Schiedsvertrag der einredeweisen Geltendmachung der Gegenforderung nicht entgegenstehe (Lehrbuch2 Rz 1290, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht 34; Komm III 77; ebenso Matscher, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht 417, und derselbe, Zuständigkeitsvereinbarung im österreichischen und internationalen Zivilprozeßrecht 17 FN 41), wobei darauf verwiesen wird, daß sich dies aus dem Verteidigungscharakter der Aufrechnungseinrede und daraus ergebe, daß die Aufrechnungseinrede nur die Grenzen der Rechtswegzulässigkeit zu wahren habe (Fasching Lehr- und Handbuch Rz 1290; Matscher, Probleme 417); für die Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede auch Melichar, Die Geltendmachung von Gegenforderungen im österreichischen Zivilprozeß- und Exekutionsrecht, JBl 1946, 49, 52; Trammer, Schiedsvertrag und Kompensation JBl 1915, 37). An der Unzulässigkeit der Aufrechnungseinrede hält grundsätzlich Reiterer, Die Aufrechnung 83 f, fest, die aber die Einrede dann gestatten will, wenn die Gegenforderung vom Schiedsgericht bereits festgestellt oder doch leicht beweisbar ist oder bei illiquider Gegenforderung, wenn sie im Zusammenhang mit der Klagsforderung steht. Auch Holzhammer, Zivilprozeßrecht2 222 läßt die Einrede nur bei unstreitigen oder festgestellter Gegenforderung zu. Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen, schließt die Aufrechnungseinrede aus, will aber unbilligen Ergebnissen durch Unterbrechung des Gerichtsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Schiedsgerichtes begegnen; ähnlich Holzhammer, aaO, 222, der die Unterbrechung selbst vor Einleitung des schiedsgerichtlichen Verfahrens zuläßt. In der Bundesrepublik Deutschland vertrat der Bundesgerichtshof zunächst die Auffassung (BGHZ 23, 17, 22), daß im ordentlichen Verfahren auch dann mit einer Gegenforderung aufgerechnet werden könne, wenn sie mit einer Schiedsabrede versehen sei. Er ging hiebei von der materiell-rechtlichen Wirkung der Aufrechnung aus, die gemäß § 389 BGB das Erlöschen beider Forderungen zur Folge habe. Sei die Klagsforderung auf diese Weise untergegangen, dürfe sie das Gericht nicht mehr als zu Recht bestehend erkennen, eine andere Beurteilung wäre nur gerechtfertigt, wenn man in der Schiedsabrede zugleich auch ein Kompensationsverbot erblicken wollte, was abzulehnen sei. In der Folge änderte der Bundesgerichtshof seine Rechtsansicht (BGHZ 38, 254, 257 = NJW 1963, 243 m.Anm Nirk = JZ 1963, 681

m. abl.Anm.Henckel). Die Vorentscheidung des Bundesgerichtshofes habe nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Parteien auch vereinbaren könnten, sich im Prozeß nicht auf die Aufrechnung zu berufen. Der Schiedsvertrag enthalte zwar kein Aufrechnungsverbot, wohl aber das vertragliche Verbot, sich im Prozeß auf eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung zu berufen, über die nach dem Willen der Beteiligten ein Schiedsgericht entscheiden soll. Von der herrschenden deutschen Prozeßrechtslehre (Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht14 1158; Schlosser in Stein-Jonas, Kommentar20 Rz 37 zu § 1025), wird diese Rechtsansicht gebilligt. In der literarischen Diskussion wurden aber auch die Schwierigkeiten, die diese Rechtsansicht mit sich bringt, aufgezeigt. Habscheid, Über die Folgen fehlgeschlagener Prozeßaufrechnung, ZZP 76, 371, wies auf das Auseinanderfallen der materiellen Rechtslage und des Prozeßergebnisses vor dem ordentlichen Recht hin, wenn dem Kläger die Forderung, obwohl materiellrechtlich erloschen, dennoch zugesprochen wird. Mache der Beklagte dann seine Gegenforderung vor dem Schiedsgericht geltend, könnte dies dazu führen, daß das später mit der Gegenforderung befaßte Schiedsgericht dem Kläger (Beklagten des ordentlichen Verfahrens) die Forderung mit der Begründung nicht zuspricht, daß sie zufolge der Aufrechnungserklärung erloschen sei, dies obwohl die Aufrechnung im ordentlichen Verfahren unberücksichtigt blieb.

Nach der in Österreich herrschenden Auffassung begründet der Schiedsvertrag nicht die Unzulässigkeit des Rechtsweges, sondern nur heilbare sachliche Unzuständigkeit (JBl 1989, 594; SZ 57/136; SZ 55/89; MietSlg 33.693/11; SZ 50/157; Fasching III 167 f und Lehrbuch2 Rz 2184; Rechberger-Simotta aaO Rz 817). Auch für die Aufrechnungseinrede müssen die positiven Prozeßvoraussetzungen vorliegen und die negativen Prozeßvoraussetzungen fehlen;

ausgenommen ist dabei nur die prorogable und unprorogable, örtliche oder sachliche Unzuständigkeit (SZ 31/119; Fasching, Lehrbuch2 Rz 1290). Für die meritorische Erledigung einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung ist es daher zwar erforderlich, daß für die Gegenforderung der Rechtsweg offensteht, es muß aber nicht auch die sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichtes gegeben sein; die bloße Unzuständigkeit des Prozeßgerichtes steht somit der Aufrechnung nicht im Wege (SZ 37/1; JBl 1955, 251; SZ 23/149; SZ 17/118). Der Schiedsvertrag als "Prozeßvertrag" (Fasching, Lehrbuch2 Rz 749) enthält freilich die Vereinbarung, die Rechtsstreitigkeit nicht vor dem ordentlichen, sondern vor dem Schiedsgericht geltend zu machen. Der Rechtsansicht, dies gelte nicht für die verteidigungsweise Geltendmachung der Forderung, könnte allerdings entgegengehalten werden, daß die Parteien mit der Schiedsvereinbarung die Absicht verfolgt haben könnten, die Prüfung des Anspruchs in jeder Form dem Schiedsgericht zu übertragen; zu prüfen ist der Anspruch aber nicht nur wenn er klagsweise, sondern auch dann, wenn er einredeweise geltend gemacht wird. Andererseits spricht für die Zulässigkeit der einredeweisen Geltendmachung der von Wünsch aaO aufgezeigte Umstand, daß der Fall eintreten könnte, daß der Kläger im ordentlichen Verfahren, in dem die Gegenforderung wegen der Schiedsabrede nicht berücksichtigt werden kann, obsiegt, während der Beklagte seine Gegenforderung im schiedsgerichtlichen Verfahren noch nicht durchsetzen kann und daher Gefahr läuft, selbst zahlen zu müssen, infolge der Vermögenslosigkeit des Klägers oder aus anderen Gründen nicht befriedigt zu werden. Die von Wünsch aufgezeigte Möglichkeit der Unterbrechung des Verfahrens, die jedenfalls Anhängigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens voraussetzt und im Ermessen des ordentlichen Richters liegt, stellt kein geeignetes Abhilfemittel dar. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß der Schiedsvertrag als reiner Prozeßvertrag (RdW 1987, 54; Fasching, Lehrbuch2 Rz 2171, 749 f) kein Kompensationsverbot beinhaltet, sodaß der Beklagte nicht gehindert ist, mit seiner Gegenforderung außergerichtlich aufzurechnen (Mayerhofer in Ehrenzweig, System3 II/1, 595; für das deutsche Recht BGHZ 38, 254, 257; Habscheid aaO 371; Schlosser in Stein-Jonas Kommentar20 Rz 37 zu § 1025; von Feldmann in Münchener Kommentar2 Rz 14 a zu § 387). Selbst eine prozessual unzulässige Aufrechnungseinrede äußert aber materiellrechtliche Wirkungen, wenn nur die Aufrechnungsvoraussetzungen gegeben sind (Fasching, Lehrbuch2 Rz 771, 1292; Rummel in Rummel, Rz 20 zu § 1438 mwN; Schlosser in Stein-Jonas aaO, von Feldmann in Münchener Kommentar aaO). Die Nichtberücksichtigung der materiellrechtlich wirksamen Aufrechnungserklärung bedeutete ein Auseinanderfallen der materiellen Rechtslage und des Prozeßergebnisses. Wie Feldmann in Münchener Kommentar aaO mit Recht ausführt, wäre es ein untragbares Ergebnis, daß der Schuldner bei fehlgeschlagener prozessualer Aufrechnung nicht nur zahlen muß, sondern obendrein (wegen der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Aufrechnung) seine Gegenforderung verliert. Der von Schlosser in Stein-Jonas aaO gewiesen Weg, das Urteil, in dem es das ordentliche Gericht ablehnt, eine der Schiedsklausel unterfallende, zur Aufrechnung gestellte Forderung zu berücksichtigen, als Vorbehaltsentscheidung im Sinne des § 302 dZPO (vergleichbar dem österreichischen Teilurteil) zu betrachten und dem Schiedsgericht die Aufhebung des staatlichen Gerichtsurteils einzuräumen, ist im österreichischen Recht wohl nicht gangbar. Die dargestellten Unzukömmlichkeiten wären freilich dann nicht zu befürchten, wenn die Gegenforderung der Beklagten mangels Liquidität überhaupt nicht aufrechenbar wäre. Nach herrschender Auffassung (JBl 1978, 262; Koziol-Welser, Grundriß8 I 266; Rummel aaO Rz 6 zu § 1439; Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil2 233) ist die Liquidität der Gegenforderung aber kein Aufrechnungserfordernis. Im übrigen liegen zum Bestand der Gegenforderung bereits weitgehende Verfahrensergebnisse vor.

Aus den dargelegten Gründen erachtet das Revisionsgericht die aufrechnungsweise Geltendmachung einer Gegenforderung, in Ansehung deren die Parteien einen Schiedsvertrag geschlossen haben (oder den Einwand der Schuldtilgung zufolge Aufrechnung mit einer solchen Gegenforderung), als zulässig.

Zur Gegenforderung von 1,100.000 S:

Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (JBl 1986, 789; SZ 55/123 mwN ua; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht2 II 340). Unbestritten ist, daß Teil des Auftrages der Beklagten an die Klägerin die Gesamtsteuerung der Gemengeanlage war und sich die Klägerin zur Erfüllung dieses Teiles des Auftrages, somit einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Beklagten, der D*** KG als Subunternehmer bedient hat. Die D*** KG war daher ein Erfüllungsgehilfe der Klägerin. Der Umstand, daß der Gehilfe (D*** KG) aufgrund seiner sachlichen Kenntnis selbständig arbeitet und der Schuldner nicht in der Lage ist, ihm nähere Anweisungen zu geben, schließt die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe nicht aus;

entscheidend ist, daß der Gehilfe, mag er auch selbständiger Unternehmer sein, für den Schuldner tätig wird und dieser die Befugnis hat, dem Schuldner Weisungen zu geben (vgl JBl 1986, 789;

Koziol aaO 341). Dies war auf Grund des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und der D*** KG nicht fraglich. Zu beurteilen ist, ob die klagende Partei für der beklagten Partei durch Ing.Fridolin L*** verursachte und verschuldete Schäden deshalb haftet, weil dieser im Sinn des § 1313 a ABGB ihr Erfüllungsgehilfe war. Nach dieser Gesetzesstelle haftet, wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet war, für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung bediente. Eindeutig wird die Haftung für widerrechtliche Handlungen des Erfüllungsgehilfen dann bejaht, wenn die Schadenszufügung bei Erbringung der Hauptleistung erfolgte (Koziol aaO 344; Löwisch in Staudinger12 Rz 20 zu § 278 BGB). Dies ist hier nicht der Fall. Vertragsgegenstand des Auftrages vom 11.3.1981 war Überprüfung und allfällige Reparatur der Ablaufsteuerung der Weißglaswanne; Ing.Fridolin L*** versuchte aber außerhalb des ihm erteilten Auftrages einen geringfügigen Fehler beim Ausdruck der Gemengewerte der bis dahin klaglos funktionierenden Grünglasanlage, die sich im selben Schrank wie die Ablaufsteuerung der Weißglaswanne befand, zu beheben. Es wird zwar allgemein bejaht, daß eine Haftung des Geschäftsherrn für den Erfüllungsgehilfen für von diesem verursachte und verschuldete Schäden auch außerhalb der Erbringung der Hauptleistung bestehen kann. Die Grundlagen für die Bejahung einer solchen Haftung wurden aber auf dogmatisch verschiedenen Wegen gefunden. Eine Reihe von Entscheidungen stellt darauf ab, daß der Abschluß eines Vertrages nicht bloß Haupt-, sondern auch Nebenpflichten wie Schutz- und Sorgfaltspflichten entstehen läßt. Der Schuldner hat bei Erbringung der Hauptleistung alle Rechtsgüter des Gläubigers, mit denen er in Berührung kommt, nach Tunlichkeit von Schaden zu bewahren. Verletzt sein Erfüllungsgehilfe diese Pflicht, haftet der Geschäftsherr gemäß § 1313 a ABGB (ZVR 1988/70; JBl 1985, 239 mwN). Schutzobjekt sei das Integritätsinteresse des anderen Teiles (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil I14 10; Heinrichs in Palandt49 212). Die Verletzung solcher Pflichten durch den Erfüllungsgehilfen wird damit nicht nach Delikts-, sondern nach Vertragsrecht beurteilt. Gefordert wird, daß die unterlaubte Handlung jenen Aufgabenbereich betreffen muß, zu dessen Wahrnehmung der Erfüllungsgehilfe von seinem Geschäftsherrn bestellt wurde (Harrer in Schwimann, ABGB, Rz 20 zu § 1313 a). Koziol aaO wendet gegen diese Lösung aber zutreffend ein, daß jede Rechtsgüterverletzung, würde sie durch den Geschäftsherrn selbst begangen, als positive Vertragsverletzung angesehen wird und damit auch in Fällen, in denen bisher die Handlungsweise des Gehilfen als nur gelegentlich der Erfüllung betrachtet worden sei, es zu einer Haftung des Geschäftsherrn nach § 1313 a ABGB kommt. Um eine als nötig erscheinende Einschränkung der Gehilfenhaftung zu erreichen, wurde auch ausgeführt, daß der Geschäftsführer für seinen Erfüllungsgehilfen nur dann hafte, wenn der Schaden in Verwirklichung von Gefahren entstanden sei, die typischerweise mit der Durchführung der Erfüllung verbunden gewesen seien (SZ 60/133; 60/55); ähnlich wird die Einschränkung dadurch gezogen, daß Haftung nur dann eintreten solle, wenn die Handlung des Erfüllungsgehilfen in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit der Erbringung der Leistung steht (JBl 1986, 248 mwN; JBl 1985, 239; JBl 1983, 255 ua; Harrer aaO; Heinrichs aaO 336 mwN; Alff in BGB-RGRK12 Rz 41 zu § 278 BGB). Betont wird, daß die Beantwortung der Frage, ob der geforderte innere Sachzusammenhang besteht, immer von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei (JBl 1985, 239; JBl 1982, 654 ua). Abgesehen davon, daß der Hinweis auf die Umstände des Einzelfalles später erfolgte Entscheidungen nicht vorhersehen läßt, wendet Koziol aaO 345 ein, daß diese Formel sich den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien nicht einordnen lasse und insofern nicht überzeugen könne. Eine Haftung des Geschäftsherrn solle doch nicht eintreten, wenn der Erfüllungsgehilfe "aus persönlicher Rachsucht" den Gläubiger schädigt. Die Grenzziehung liege also in der dem Erfüllungsgehilfen anzulastenden Schuldform. Daß aber Fälle denkbar sind, in denen der Geschäftsherr auch für vorsätzliche Schadenszufügungen seines Erfüllungsgehilfen dem Gläubiger gegenüber haftet, wurde bereits in SZ 57/196 mwN ebenso wie in der Lehre (Eike Schmidt in AcP 170, 510) erkannt. Die maßgeblichen Unterscheidungsmerkmale, welche Handlungen des Erfüllungsgehilfen dem Schuldner zuzurechnen sind und welche in den Riskikobereich des Gläubigers fallen, müssen daher in anderen Kriterien gesucht werden. Der Sache nach geht es um die Beurteilung, in wessen Risikobereich Handlungen eines Erfüllungsgehilfen, die nicht die Hauptleistung des Vertrages betreffen, fallen (JBl 1982, 654; Soergel-Wolf11 Rz 37 zu § 278 BGB). Für die Risikozuweisung maßgeblich erscheint dann aber in erster Linie, ob der Gläubiger durch seine vertraglichen Beziehungen zum Schuldner diesem und dem für ihn tätig werdenden Erfüllungsgehilfen seine Rechtssphäre öffnete (Löwisch aaO). Diese Zugrifffsmöglichkeit rechtfertigt es dann, über die Deliktshaftung hinaus dem Gläubiger den Schutz des § 1313 a ABGB zukommen zu lassen. Das Schuldverhältnis muß demnach den Anstoß und die Gelegenheit zu einem seinem äußeren Erscheinungsbild nach delikitschen Verhalten gegeben haben (Eike Schmidt aaO 508), Zweck der Haftung des § 1313 a ABGB ist es, solchen Gefahren vorzubeugen, die sich gerade

aus der Art der geschuldeten Leistung ergeben. Keine Rolle kann es dann aber spielen, ob die Handlungsweise des Erfüllungsgehilfen wie hier einen speziell erteilten Auftrag überschritt (Larenz aaO 302). Ausgehend von einer solchen Betrachtungsweise wird es für die Bejahung der Haftung des Geschäftsherrn maßgeblich darauf ankommen, ob dem Gehilfen die Existenz des bestehenden Vertragsverhältnisses die Schädigung, wenn schon nicht ausschließlich ermöglichte, so doch maßgeblich erleichterte, die bestehende vertragliche Bindung somit ein hinreichender Grund gerade für den eingetretenen Schadensfall darstellt. Die Abgrenzung zur alleinigen Deliktshaftung des Gehilfen - sollten nicht die Voraussetzungen nach § 1315 ABGB gegeben sein - wird derart zu ziehen sein, daß Haftung des Geschäftsherrn dann nicht eintritt, wenn das Verhalten des Gehilfen aus dem allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereiches herausfällt, den der Erfüllungsgehilfe für den Schuldner wahrzunehmen hatte (Löwisch aaO Rz 25 zu § 278 BGB; Alff aaO Rz 41 zu § 278 BGB), der sachliche Zusammenhang mit der vom Schuldner angestrebten Interessenverfolgung zur Gänze gelöst erscheint (Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1313 a).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, ist die Haftung der klagenden Partei für das Verhalten Ing.Fridolin L*** als ihres Erfüllungsgehilfen zu bejahen. Ing.Fridolin L*** hat zwar den der klagenden Partei von der beklagten Partei erteilten Auftrag überschreitend offensichtlich aus Gefälligkeit einen geringfügigen Fehler beim Ausdruck der Gemengewerte in der Grünglasanlage beheben wollen und dabei der beklagten Partei fahrlässig einen Schaden zugefügt. Sein Verhalten ist aber weder örtlich noch sachlich aus dem allgemeinen Umkreis seines Aufgabenbereiches herausgefallen, die vertragliche Beziehung zwischen den Streitteilen hat ihm erst dann Zugang zum Ort der Reparatur geöffnet und er durfte auch annehmen, daß er bei der gefälligkeitshalber erfolgten Überschreitung seines Aufgabenbereiches im Rahmen der Verfolgung von Interessen seines Geschäftsherrn blieb.

Damit besteht aber eine typische Gefahr des Gehilfeneinsatzes, der die Zurechnung des Gehilfenverschuldens rechtfertigt (vgl Koziol aaO 345). Die Klägerin hat somit für das schadensauslösende Verhalten des Dienstnehmers ihres Erfüllungsgehilfen einzustehen. Im fortgesetzten Verfahren werden Feststellungen zur Schadenshöhe zu treffen sein.

Die Beklagte berief sich zum Nachweis dafür, daß ihr die Klägerin eine technisch fehlerhafte Anlage, der insbesondere die erforderlichen, den Schadenseintritt verhindernden Sicherheitsmechanismen gefehlt hätten, auf den "bisherigen Akteninhalt". In der Revision wird die Ansicht vertreten, die Vorinstanzen hätten dieses Vorbringen nicht mit dem Hinweis abtun dürfen, daß kein ausreichendes Beweisanbot gestellt worden sei. Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen (EvBl 1978/145 ua). Demgemäß wäre es Aufgabe der Beklagten gewesen, sich zum Beweis dieser Gegenforderung nicht bloß auf den "bisherigen Akteninhalt" zu berufen, sondern ein konkretes Beweisanbot zu stellen. Das im Akt bereits erliegende Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing.Dr.H*** war dafür keine taugliche Grundlage und die dort erwähnten, weitergehende Versuche (AS 309/I.Band) wurden von der Beklagten nicht beantragt. Daß sich die Vorinstanzen außerstande sahen, auf der von der Beklagten angebotenen Beweisgrundlage verläßliche Schlüsse auf die Berechtigung und die Höhe der behaupteten Gegenforderung zu ziehen, bleibt als Ergebnis freier Beweiswürdigung der Überprüfung im Revisionsverfahren entzogen (RZ 1989/105).

Der Fällung eines Teilurteiles über die Klagsforderung steht die Bestimmung des§ 391 Abs 3 ZPO entgegen. Die Fällung eines Teilurteiles über die Klagsforderung ist im vorliegenden Fall deshalb nicht zulässig, weil zwischen der geltend gemachten Forderung und den Gegenforderungen zumindest ein innerer wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, der die Durchsetzung des Anspruches ohne Rücksicht auf den Gegenanspruch als Treu und Glauben widersprechend erscheinen ließe (SZ 55/106, SZ 52/90 ua; Fasching, Lehrbuch2 Rz 1298).

Der Revision ist demnach Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

**Anmerkung**

E22330

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:0010OB00711.89.1114.000

**Dokumentnummer**

JJT_19901114_OGH0002_0010OB00711_8900000_000

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at