

# TE OGH 1990/4/25 7Ob550/90 (7Ob551/90)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.04.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Egermann, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter und Dr.Schalich als weitere Richter in den zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen der klagenden Partei B\*\*\* Gesellschaft mbH, Frankfurt 1, Guiollettstraße 50, BRD, vertreten durch Dr.Hansjörg Mader, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagten Parteien 1.) Adolf D\*\*\*, Kaufmann, 2.) Firma Adolf D\*\*\*, Inhaber Klaus D\*\*\*, 3.) Adolf D\*\*\* Gesellschaft mbH, alle Stans, Am Rain 272, alle vertreten durch Dr.Franz Eckert, Dr.Friedrich Eckert und Dr.Rudolf Fries, Rechtsanwälte in Baden, wegen S 860.868,-- s.A. und S 1,116.000,-- s.A., infolge Rekurses der beklagten Parteien gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 19.Dezember 1989, GZ 2 R 326,327/88-65, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 21.Juli 1988, GZ 16 Cg 139/83-57, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß wird aufgehoben und in der Sache dahin zu Recht erkannt, daß das Urteil des Erstgerichtes bestätigt wird. Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit S 75.767,78 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten S 3.600,-- Barauslagen und S 12.027,96 USt.) binnen 14 Tagen zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Firma B\*\*\* mit dem Sitz in Sofia stehen gegen die Adolf D\*\*\* KG Forderungen für Warenlieferungen von S 839.955,75 (unter Berücksichtigung einer Teilzahlung von S 21.019,75; aus der Lieferung von Preiselbeeren) und S 1,116.000 (aus der Lieferung von Honig) zu. Die Firma B\*\*\* hat ihre Forderungen mit Zessionsvereinbarung vom 31.12.1982 (Beilage A) der klagenden Partei abgetreten, die von den beklagten Parteien Zahlung begehrte. Die Adolf D\*\*\* KG, deren Komplementär der Erstbeklagte war, wurde im Jahre 1981 aufgelöst. Das Unternehmen wurde von Dkfm.Klaus D\*\*\* unter der Firma Adolf D\*\*\* als Einzelunternehmen fortgeführt. Die Verbindlichkeiten und Forderungen wurden übernommen. Das Unternehmen wurde am 1.1.1984 in die Adolf D\*\*\* GmbH eingebbracht. Die beklagten Parteien wendeten gegen die Klagsforderungen bis zu deren Höhe aufrechnungsweise eine Gegenforderung gegen die B\*\*\* von S 1,976.770 aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung einer Lieferverbindlichkeit ein. Das Erstgericht sprach aus, daß die Klagsforderungen mit S 839.955,25 (richtig S 839.955,75) und mit S 1,116.000 zu Recht bestehen und die Gegenforderung bis zur Höhe der Klagsforderungen gleichfalls zu

Recht besteht. Es wies demgemäß das Klagebegehren ab. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes stand die Adolf D\*\*\* KG mit der B\*\*\* wegen des Ankaufs von Preiselbeeren in ständiger Geschäftsverbindung. Die Preiselbeerträger wurden immer ohne Eröffnung eines Akkreditivs abgewickelt. Im Jahre 1980 bestellte die Adolf D\*\*\* KG bei der N. R\*\*\* Handelsgesellschaft mbH Export-Import-Transit mit dem Sitz in Wien (im folgenden nur Firma R\*\*\*), die von der B\*\*\* mit der Vermittlung von derartigen Geschäften ständig betraut war, 50 Tonnen Preiselbeeren. Die Bestellung wurde von der Firma R\*\*\* an die Firma B\*\*\* weitergeleitet, die nach vorangegangener Zusage einer Teillieferung schließlich am 5.9.1980 der Firma R\*\*\* die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren zum Preis von S 16 pro kg an die Adolf D\*\*\* KG bestätigte. Mit Fernschreiben vom 6.9.1980 bestätigte die Firma R\*\*\* der Adolf D\*\*\* KG die Lieferung. Die Eröffnung eines Akkreditivs war von der Firma B\*\*\* nicht zur Bedingung für die Lieferung der Preiselbeeren gemacht worden. Die Firma R\*\*\* empfahl jedoch der Adolf D\*\*\* KG wegen des Preisanstiegs in der Bundesrepublik Deutschland die Eröffnung eines Akkreditivs, das über S 1,600.000 für 100 Tonnen Preiselbeeren zum Preis von S 16 pro kg von der Länderbank Innsbruck (auch für eine Bestellung der Firma Julius M\*\*\* von 50 Tonnen) eröffnet und von der Firma R\*\*\* der B\*\*\* am 11.9.1980 fernschriftlich bekanntgegeben wurde. Die B\*\*\* lieferte der Adolf D\*\*\* KG die Preiselbeeren jedoch trotz mehrfacher Urgenz nicht. Bei einer Unterredung des Erstbeklagten und des Dkfm. Klaus D\*\*\* am 20.9.1980 in München mit dem Verkaufsleiter der B\*\*\* erklärte letzterer, daß ein Preis von S 16 pro kg nicht mehr aktuell sei und ihn die zwischen der Firma R\*\*\* und der Adolf D\*\*\* KG getroffene Vereinbarung nicht kümmere. In der Folge reiste Adolf D\*\*\* nach Sofia. Bei einem Treffen mit den Herren B\*\*\*, D\*\*\* und B\*\*\* von der Firma B\*\*\* wurden die

gegenseitigen Standpunkte erörtert. Die Vertreter der Firma B\*\*\* vertraten den Standpunkt, daß ein Kontrakt mit der Adolf D\*\*\* KG über die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren zum Preise von S 16 pro kg nicht zustandegekommen sei. Adolf D\*\*\* war gegenteiliger Meinung. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden. Da die Adolf D\*\*\* KG dringend Preiselbeeren benötigte, kaufte Adolf D\*\*\* anlässlich seines Aufenthaltes in Sofia 25 Tonnen zum Preise von S 33,25 pro kg von der B\*\*\*. Diese Ware wurde in der Folge auch geliefert. Mit Fernschreiben vom 30.9.1980 teilte hiezu die B\*\*\* der Adolf D\*\*\* KG mit: "Die gegenwärtige Lieferung führen wir bei einer Bedingung durch, das heißt als Kompensation für den von Ihnen eröffneten 1/c, mit dem wir die Frage mit diesem Geschäft als erledigt halten." Am 20.10.1980 setzte die Adolf D\*\*\* KG der Firma B\*\*\* für die Lieferung der 50 Tonnen

Preiselbeeren zum Preise von S 16 pro kg eine Nachfrist bis 3.11.1980 und kündigte für den Fall der Nichterfüllung einen Deckungskauf und die Belastung der Firma B\*\*\* mit dem Differenzbetrag an. Mit Schreiben vom 3.11.1980 wurde von der Adolf D\*\*\* KG zu dem Fernschreiben vom 30.9.1980 Stellung genommen und darauf hingewiesen, daß auf die Erfüllung des Vertrages über die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren nicht verzichtet wurde. Da die Preiselbeeren von der B\*\*\* nicht geliefert wurden, kaufte die D\*\*\* KG bei anderen Firmen Preiselbeeren, und zwar laut Rechnung vom 31.10.1980 21.300 kg a DM 7,35 = DM 156.555; laut Rechnung vom 1.12.1980 21.000 kg a S 55.75 = S 1.170.750; laut Rechnung vom 1.12.1980 22.000 kg a DM 7,80 = DM 171.600; laut Rechnung vom 9.12.1980 20.000 kg a DM 7,80 = DM 153.000. Mit Schreiben vom 5.11.1980 teilte die Adolf D\*\*\* KG der Firma B\*\*\* die Deckungskäufe mit und erhob folgende Forderung:

21 Tonnen Preiselbeeren

a S 55,75 pro kg S 1,170.750

29 Tonnen Preiselbeeren

a DM 7,80 = S 55,38/kg

## Unser Vertrag mit Ihnen

50 T a S 16 S 800.000

Differenz S 1,976.770.

Das Erstgericht legte seiner rechtlich

aufgrund der Zession zur Geltendmachung der offenen Forderungen der B\*\*\* gegen die Adolf D\*\*\* KG berechtigt. Der Erstbeklagte hafte für diese Forderungen als ehemaliger Komplementär der KG, die zweit- und drittbeklagte Partei hätten als Rechtsnachfolger für die Forderungen einzustehen. Die Gegenforderung bestehe zu Recht. Die Vereinbarung über die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren zum Preise von S 16 pro kg sei rechtswirksam zustandegekommen, die Eröffnung eines Akkreditivs sei nicht zur Vertragsbedingung gemacht worden. Da die Firma

B\*\*\* trotz Nachfristsetzung den Vertrag nicht erfüllt habe, sei die Adolf D\*\*\* KG berechtigt gewesen, die Preisdifferenz aus der Vornahme von Deckungskäufen auf die B\*\*\* zu überwälzen. Es seien hiebei die tatsächlich bezahlten Preise in Anschlag zu bringen. Als Deckungskäufe kämen aus zeitlichen Gründen nur jene in Betracht, die die Rechnungen vom

1. und 9.12.1980 beträfen. Diese wiesen einen Kilogrammpreis von

S 55,75 bzw. DM 7,80 auf, wobei für die Rechnung vom 9.12.1980 ein Preisnachlaß von insgesamt DM 3.000, sohin von DM 0,15 pro kg gewährt worden sei. Die Gegenforderung errechne sich demnach wie folgt:

21 Tonnen a S 55,75 pro kg S 1,170.750

22 Tonnen a DM 7,80 pro kg = S 55,38 S 1,218.360

7 Tonnen a DM 7,65 pro kg = S 54,31 S 380.170

S 2,769.280

abzüglich 50 Tonnen a S 16 pro kg S 800.000

S 1,969.280.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil unter Rechtskraftvorbehalt auf. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer einwandfreien Beweiswürdigung. Nach der Auffassung des Berufungsgerichtes sei der rechtlichen Beurteilung der aufrechnungsweise eingewendeten Gegenforderung bulgarisches Sachrecht zugrundezulegen. Nach Art. 79 des bulgarischen Gesetzes für Verpflichtungen und Verträge (ZZD) habe der Gläubiger bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung das Recht, Erfüllung und Verzögerungsschaden oder den Nichterfüllungsschaden zu verlangen. Nach Art. 82 ZZD beinhaltet der Schadenersatz den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen, soweit sie eine direkte und unmittelbare Folge der Nichterfüllung und beim Entstehen der Verpflichtung vorhersehbar gewesen seien. Wenn aber der Schuldner unzuverlässig gewesen sei, sei er für alle direkten und unmittelbaren Schäden verantwortlich. Entgegen der Meinung der klagenden Partei sei ein Vertrag über die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren zum Preis von S 16 pro kg wirksam zustandegekommen, weil die Eröffnung eines Akkreditivs nicht zur Vertragsbedingung erhoben worden sei. Da die Firma B\*\*\* den Vertrag schuldhaft nicht erfüllt habe, sei sie zum Ersatz des der Käuferin verursachten Schadens verpflichtet, wobei es nach Art. 82 ZZD nicht zweifelhaft sein könne, daß der zu ersetzende Schaden auch die Mehrkosten eines Deckungskaufs umfasse. Nach Art. 83 ZZD schulde der Schuldner zwar keinen Schadenersatz für Schäden, die der Gläubiger verhindern hätte können, indem er einem guten Wirtschafter entsprechende Vorsorgen treffe. Daraus ergebe sich eine Schadensminderungspflicht des Gläubigers. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht habe die klagende Partei aber in erster Instanz nicht eingewendet und in dieser Richtung auch kein Sachvorbringen erstattet. Das Vorbringen in der Berufung verstöße gegen das Neuerungsverbot des § 482 ZPO, auf dessen Bestimmungen Bedacht zu nehmen sei, weil die inländischen Gerichte ausschließlich inländisches Verfahrensrecht anzuwenden hätten. Der klagenden Partei könne auch darin nicht gefolgt werden, daß sich aus dem Fernschreiben vom 30.9.1980 ein Verzicht der Adolf D\*\*\* KG auf die Lieferung von 50 Tonnen Preiselbeeren ergäbe. Nach Art. 14 ZZD werde der Vertrag in dem Moment als geschlossen erachtet, in dem die Annahme den Anbieter erreiche. Die Annahme müsse bedingungslos sein. Eine Vertragsänderung könne durch Abschluß eines neuen Vertrages erfolgen. Nach bulgarischem Recht sei demnach das einseitige Nachschieben von Vertragsbedingungen wie es durch das Fernschreiben vom 30.9.1980 geschehen sei, nicht wirksam erfolgt. Auch hinsichtlich der Rechtswirkungen der Zession sei bulgarisches Recht anzuwenden. Der § 45 IPRG verweise bezüglich der abhängigen Rechtsgeschäfte, wozu auch die Zession gehöre, auf das Recht der Hauptverbindlichkeit, ohne daß seitens des bulgarischen IPR eine Weiter- oder Rückverweisung vorliege. Nach Art. 103 Abs. 3 ZZD könne der Schuldner, der sich mit der Übertragung des Anspruchs bereit erklärt habe, seine Verpflichtung nicht von seinem Anspruch dem vorherigen Gläubiger gegenüber abziehen. Daraus ergebe sich, daß der Schuldner, der der Zession zugestimmt habe, dem neuen Gläubiger gegenüber eine ihm gegen den alten Gläubiger zustehende Gegenforderung nicht aufrechnen könne. Ob dieses Aufrechnungshindernis vorliege, könne aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht beurteilt werden. Von den Parteien sei in dieser Richtung auch kein Vorbringen erstattet worden. Da das Berufungsgericht die Parteien nicht mit einer neuen Rechtsansicht überraschen dürfe, sei der neue rechtliche Gesichtspunkt mit den Parteien zu erörtern und das Verfahren erster Instanz daher ergänzungsbedürftig.

#### Rechtliche Beurteilung

Der gegen den Aufhebungsbeschuß des Berufungsgerichtes erhobene Rekurs der beklagten Parteien ist berechtigt.

Dem Standpunkt der Rekurswerber, daß ausschließlich österreichisches Sachrecht anzuwenden sei, ist entgegenzuhalten, daß nach herrschender Ansicht die kollisionsrechtliche Frage offen gelassen werden kann, wenn die in Betracht kommenden Rechtsordnungen meritorisch zum gleichen Ergebnis führen (SZ 49/3; Schwimann in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 2 IPRG mwN). Da nach den Feststellungen der Vorinstanzen die Eröffnung eines Akkreditivs nicht vereinbart war, haben die Vorinstanzen zu Recht die Frage unerörtert gelassen, ob die Käuferin das Akkreditiv fristgerecht beigebracht hat. Gemäß § 918 Abs. 1 ABGB kann, wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehrten oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Der Gläubiger hat demnach die Wahl, entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung zu begehrn oder vom Vertrag zurückzutreten und gemäß § 921 ABGB Ersatz des durch die verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens zu fordern (SZ 53/173; Koziol-Wesler 1 230; 1 Ob 629/88). Der berechtigte Rücktritt vom Vertrag läßt somit den Anspruch auf Ersatz des durch die verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt. Der Gläubiger hat Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Im Falle der konkreten Schadensberechnung ergibt sich der zu ersetzende Schaden aus der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und den Kosten des infolge Nichterfüllung eingegangenen Deckungsgeschäftes (JBl. 1986, 371 ua; Reischauer in Rummel ABGB, Rz 3 zu § 921). Nichts anderes ergibt sich aus den Art. 79, 87 und 88 des bulgarischen ZZD gemäß den vom Berufungsgericht eingeholten Auskünften (ON 64). Die Richtigkeit der vom Berufungsgericht aus den vorliegenden Rechtsquellen gezogenen Schlußfolgerungen wird von den Parteien auch nicht in Zweifel gezogen. Dies gilt auch für die Beurteilung der Frage der Aufrechnung. Der Schuldner kann gegen den Zessionar jedenfalls Forderungen aufrechnen, die ihm gegen den Zedenten zustehen und im Zeitpunkt der Abtretung bereits entstanden und fällig waren (SZ 56/190; Ertl in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1396 mwN; Art. 103 ff ZZD). Diese Voraussetzungen liegen hier in Ansehung der aufrechnungsweise eingewendeten Gegenforderung vor. Die Frage, welchen Einfluß es auf die Zulässigkeit der Aufrechnung hat, wenn sich der Schuldner "mit der Übertragung des Anspruchs bereit erklärt hat" (Art. 103 Abs. 3 ZZD) bzw. wenn er die Forderung gegen den redlichen Übernehmer für richtig erkannt hat (§ 1396 Satz 2 ABGB), stellt sich hier nicht, weil derartiges nicht behauptet wurde. Es ist zwar richtig, daß die Überprüfung der rechtlichen Beurteilung nach allen Richtungen zu erfolgen hat. Das Rechtsmittelgericht darf hiebei jedoch nicht von einem Sachverhalt ausgehen, der im Parteienvorbringen und in den Feststellungen keine Deckung findet. Insbesondere darf es nicht eine Verfahrensergänzung und die Erörterung über Tatsachen auftragen, die im bisherigen Verfahren nicht behauptet worden sind (Fasching IV 323; JBl. 1976, 591). Das Berufungsgericht hatte daher die obgenannte Frage gar nicht zu erörtern und durfte zu diesem Zwecke auch keine Verfahrensergänzung auftragen. Es kommt dann aber auch der Rechtssatz nicht zum Tragen, daß das Gericht die Parteien nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen darf, die sie nicht beachtet haben und auf die sie vom Gericht nicht aufmerksam gemacht wurden.

Unrichtig ist der Vorwurf der klagenden Partei, das

Berufungsgericht habe die Frage der Schadensminderungspflicht

unrichtig gelöst und die Behauptung, die beklagten Parteien müßten

sich den Kauf von weiteren 25 Tonnen Preiselbeeren bei der

B\*\*\* als Deckungskauf anrechnen lassen. Der Gläubiger, der von

seinem Recht zum Vertragsrücktritt Gebrauch macht, kann bis zum

Ablauf der dem säumigen Schuldner gesetzten Frist zur Nachholung der

Leistung damit rechnen, daß dieser seine Verbindlichkeit doch noch

erfüllen werde. Er ist daher grundsätzlich erst nach Aufgabe seines

Lieferungsanspruchs zur Vornahme eines Deckungsgeschäftes

verpflichtet. Es steht dem Verkäufer auch nicht zu, von sich aus

irgendein Geschäft, das der Käufer mit einem Dritten geschlossen

hat, als Deckungskauf zu bezeichnen und zu verlangen, daß dieses Geschäft der Schadensberechnung zugrunde gelegt werde. Umso weniger kann der säumige Verkäufer verlangen, daß ein anderes von ihm mit dem Käufer vor dessen Vertragsrücktritt abgeschlossenes Rechtsgeschäft als Deckungsgeschäft herangezogen und bei der Schadensberechnung berücksichtigt wird. Im vorliegenden Fall wurden bei der Besprechung zwischen den Vertretern der B\*\*\* und dem Geschäftsführer der Adolf D\*\*\* KG in Sofia, anlässlich der der zweiten Kaufvertrag abgeschlossen wurde, nur die gegenteiligen Standpunkte über den wirksamen Abschluß des Kaufvertrages über 50 Tonnen Preiselbeeren dargelegt, rechtsgeschäftliche Erklärungen darüber wurden aber nicht abgegeben. Bis zur Aufgabe des Lieferungsanspruchs der Adolf D\*\*\* KG durch Vertragsrücktritt bestand daher eine Lieferverpflichtung der B\*\*\*. Die klagende Partei kann sich daher nach den dargelegten Grundsätzen nicht auf das vor Vertragsrücktritt mit der B\*\*\* abgeschlossene Rechtsgeschäft berufen und dieses der Schadensberechnung zugrunde legen. Ein konkretes Sachvorbringen zur Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Adolf D\*\*\* KG wurde von der hiefür behauptungs- und beweispflichtigen klagenden Partei (JBl. 1985, 746; HS 641) nicht erstattet und insbesondere nicht behauptet, daß die Deckungskäufe nicht ehestmöglich oder über dem Marktpreis abgeschlossen worden wären.

Demgemäß ist dem Rekurs Folge zu geben (§ 519 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E21001

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:0070OB00550.9.0425.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900425\_OGH0002\_0070OB00550\_9000000\_000

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