

# TE OGH 1987/4/29 30b636/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Dr. Angst als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\* Organisation für internationale technische wissenschaftliche Zusammenarbeit, Budapest V, Hazaspar u.21, Volksrepublik Ungarn, vertreten durch Dr. Georg Kahlig, Rechtsanwalt in Wien, wider beklagte Partei prot. Firma S\*\*\* & C\*\*\*, Alleininhaber Herbert C\*\*\*, 1210 Wien, Lohnergasse 2, vertreten durch Dr. Robert Hyrohs, Rechtsanwalt in Wien, und die auf Seiten der beklagten Partei beigetretene Nebenintervenientin M\*\*\* Chemieanlagen Gesellschaft mbH, 1111 Wien, Leberstraße 118 a, vertreten durch Dr. Karl Bollmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen restlicher 2,334.713,50 S sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 1. Juli 1986, GZ 4 R 86/86-40, womit infolge Berufung der klagenden und beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27. Dezember 1985, GZ 17 Gg 113/83-33, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 22.216,28 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.856,03 S Umsatzsteuer und 1.800 S Barauslagen) zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die irakische Firma "THE S\*\*\* E\*\*\* FOR S\*\*\* AND A\*\*\* D\*\*\*" (kurz "S\*\*\*") hatte die bundesdeutsche "S\*\*\* E\*\*\*- G\*\*\* m.b.H." (kurz "SEB") mit der Errichtung einer Pepsi-Cola-Fabrik in Bagdad beauftragt.

Die SEB als Generalunternehmer beauftragte die beklagte Partei als Subunternehmer mit der Errichtung der Klima- und Sanitäreanlage für dieses Projekt. Die beklagte Partei übertrug der klagenden Partei einen Teil dieses Subauftrages, nämlich die Montage, den Probetrieb und die Inbetriebnahme der Klima- und Sanitäreanlage. Die beklagte Partei schuldet der klagenden Partei aus diesem Auftrag einen Restbetrag von 2,330.380 S und weiters aus einem anderen Bauvorhaben (N\*\*\* Budapest) einen Betrag von 75.240 S, zusammen 2,405.620 S.

Die klagende Partei begehrte diesen Betrag samt Anhang. Über die Berechtigung der Klageforderung herrscht kein Streit. Die beklagte Partei beantragte jedoch die Abweisung des Klagebegehrens und machte folgende drei Gegenforderungen geltend:

1. Weil die klagende Partei entgegen den mit der beklagten Partei getroffenen Vereinbarungen nicht für die Personalsteuern ihres im Irak eingesetzten Personals aufgekomen sei, habe die SEB der beklagten Partei einen Betrag von 2,8 Mill S einbehalten. Diese Gegenforderung spielt in dritter Instanz keine Rolle mehr, weil die beklagte

Partei die Feststellungen des Erstgerichtes über den Nichtbestand dieser Gegenforderung schon im Berufungsverfahren nicht mehr bekämpft hat und darauf auch im Revisionsverfahren nicht mehr zurückkommt.

2. Die klagende Partei sei von der beklagten Partei mit folgenden Beträgen belastet worden:

- a) Bauschäden in Bagdad DM 4.668 32.769,36 S
  - b) Reinigung der Baustelle DM 16.012,44 112.407,32 S
  - c) Verlust von Werkzeugen 70.906,50 S
  - d) Schaden aus unsachgemäßer Montage 33.948,72 S
  - e) Montagekosten E\*\*\*-Geräte 43.100,-- S
- das sind insgesamt 293.131,90 S.

Diese Gegenforderung wurde von der beklagten Partei in der Klagebeantwortung einerseits aufrechnungsweise eingewendet; andererseits behauptete die beklagte Partei, daß die Aufrechnung schon vollzogen worden sei.

Als Beweis für diese Gegenforderung verwies die beklagte Partei auf den Subunternehmervertrag, die Rechnungen vom 29.3.1983, 16.5.1983, 1.7.1983 und 2.3.1983 und die Parteienvernehmung des Alleininhabers der beklagten Partei.

Die klagende Partei begnügte sich damit, diese Gegenforderung dem Grunde und der Höhe nach zu bestreiten.

Anläßlich der Verlesung der Rechnungen vom 29.3.1983 (Beilage 3), vom 16.5.1983 (Beilage 2) und vom 1.7.1983 (Beilage 3),- eine vierte Rechnung (vom 2.3.1983) wurde nicht vorgelegt - bestritt die klagende Partei deren Richtigkeit. Aus dem Inhalt dieser drei Rechnungen kann folgendes über die Art der geltend gemachten Gegenforderung entnommen werden:

- a) Zu den Bauschäden wird lediglich auf die Rechnung einer Firma LSI verwiesen (Beilage 2);
- b) zu der Baustellenreinigung wird lediglich auf fünf Rechnungen der Firma SEB verwiesen (Beilage 2);
- c) zu den verlorenen Werkzeugen wird auf eine Liste verwiesen (Beilage 2);
- d) zu der unsachgemäßen Montage wird in der Rechnung angeführt, daß zweimal der Gehweg sowie die Straße aufgerissen werden hätten müssen, weshalb die Belastung mit zwei Rechnungsbeträgen der Firma LSI erfolge (Beilage 3);
- e) zu der Montage von Euroclima-Geräten wird nur angeführt, daß 193 Regiestunden a 200 S und 9 Regiestunden a 500 S für einen Euroclima-Monteur angefallen seien.

Auf allen drei Rechnungen ist vermerkt, daß die beklagte Partei die geltend gemachten Beträge von der Auftragssumme abziehe bzw. mit dem Lieferantenkonto der klagenden Partei gegenverrechnen werde.

3. Die klagende Partei sei im Zusammenhang mit der Errichtung der Pepsi-Cola-Fabrik in Bagdad von der "M\*\*\* C\*\*\* A\*\*\* Gesellschaft mbH" (kurz "M\*\*\*"), welche dem Verfahren auf der Seite der beklagten Partei als Nebenintervenient beigetreten ist, im Rahmen des dieser Firma von der SEB erteilten Auftrages zur Errichtung einer Wasseraufbereitungsanlage auf Grund eines Subunternehmervertrages vom 9.12.1981 mit der Montage, dem Probetrieb und der Inbetriebnahme dieser Wasseraufbereitungsanlage betraut worden.

Dabei habe die klagende Partei die in den Schriftsätzen des Nebenintervenienten ON 11 und 21 im einzelnen näher angeführten Fehlhandlungen begangen (z.B. Unterlassung gewisser Montage- und anderer Arbeiten, mangelhafte und nicht ausreichende Personalbeistellung), durch die dem Nebenintervenienten ein Schaden von zusammen 2,189.004,83 S zugefügt worden sei (vor allem Kosten von Ersatzvornahmen). Diese Forderung sei von der M\*\*\* an die beklagte Partei abgetreten worden.

Auch wegen dieser Gegenforderung erhob die beklagte Partei einerseits eine Aufrechnungseinrede und andererseits den Schuldtilgungseinwand der schon vollzogenen Aufrechnung. Die klagende Partei bestritt auch diese Gegenforderung sowie die Wirksamkeit der behaupteten Zession und einer außergerichtlich erklärten Aufrechnung.

Das Erstgericht erkannte in einem eingliedrigen Spruch zu Recht, daß dem Klagebegehren mit 2,112.488,10 S samt Anhang (= Klagsbetrag abzüglich Gegenforderung 2) stattgegeben, das Mehrbegehren von 293.131,90 S samt Anhang (= Gegenforderung Punkt 2) aber abgewiesen wurde.

Es traf, soweit dies noch von Bedeutung ist, im wesentlichen

folgende Tatsachenfeststellungen:

Zur Gegenforderung 2:

Die beklagte Partei wurde von ihrem Auftraggeber, der SEB, für den von der klagenden Partei auszuführenden Leistungsanteil mit Kosten für entstandene Bauschäden, Baustellenreinigung, verlorenes Werkzeug sowie Schäden aus unsachgemäßer Montage und Montagekosten für Euroclima-Geräte im Gesamtbetrag von 293.131,90 S belastet. Die beklagte Partei belastete ihrerseits die klagende Partei mit diesen Beträgen unter Anschluß der ihr selbst zugekommenen Belastungen. Die klagende Partei nahm die ihr übermittelten Rechnungen Beilage 2 bis 4 unbeanstandet an, obwohl die beklagte Partei darauf hingewiesen hatte, daß sie die Beträge vom Auftragswert in Abzug bringen werde. Die Belastung hinsichtlich des verlorenen Werkzeuges wurde von der klagenden Partei ausdrücklich anerkannt.

Diese Weiterbelastung der klagenden Partei war nach Ansicht des Erstgerichtes berechtigt, weil diese tatsächlich unvollständige bzw. fehlerhafte Leistungen erbracht habe.

Zur Gegenforderung 3:

Es ist nicht erwiesen und mit den dem österreichischen Zivilgericht zur Verfügung stehenden Mitteln (Hinweis auf den Kriegszustand im Irak) auch nicht beweisbar, daß die klagende Partei im Zusammenhang mit den ihr von der Nebenintervenientin erteilten Subauftrag ihr obliegende Leistungen unvollständig, mangelhaft oder verspätet erbracht hat, daß daraus irgendwelche Schäden oder Kosten der Nebenintervenientin entstanden sind, bzw daß zumindest so viele Schäden entstanden sind, daß der Nebenintervenientin trotz einer in Anspruch genommenen Bankgarantie (Ausführungsgarantie) noch ein Betrag zusteht.

Die Nebenintervenientin hat allerdings solche Ansprüche geltend gemacht. Mit Schreiben vom 6.5.1983 (Beilage A) hat die beklagte Partei der klagenden Partei mitgeteilt, daß sie von der "W\*\*\* Gesellschaft mbH" (kurz "WAB"), einer Tochterfirma der Nebenintervenientin, deren Forderung gegen die klagende Partei angekauft habe und diese Beträge von der Forderung der klagenden Partei (Klagsforderung) in Abzug bringen werde. Die tatsächliche Abtretung dieser Forderung von der Nebenintervenientin an die beklagte Partei erfolgte im März 1984 (vorher war die Abtretung wohl geplant, aber noch keine Einigung über den Abtretungspreis erzielt).

In rechtlicher Hinsicht war das Erstgericht der Auffassung, es liege nur der Schuldtilgungseinwand der schon vollzogenen Aufrechnung vor. Die Gegenforderung zu 2 bestehe zu Recht, zumal die klagende Partei gegen die Rechnungen Beilagen 2 bis 4 nicht Widerspruch erhoben habe. Die Gegenforderung zu 3 bestehe nicht zu Recht, sodaß die erklärte Aufrechnung schon deshalb ohne Wirkung geblieben sei. Darüber hinaus sei die vor dem Prozeß abgegebene Aufrechnungserklärung unwirksam, weil eine andere Firma genannt und die Abtretung noch nicht vollzogen gewesen sei. Während des Prozesses könne die Aufrechnung als Schuldtilgungseinwand nicht mehr erklärt werden. Eine wie hier nur zum Zweck der Geltendmachung der Aufrechnung vorgenommene Zession sei im übrigen sittenwidrig. Das Berufungsgericht ging von den nicht bekämpften Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes aus, änderte aber dessen Urteil dahin ab, daß dem Klagebegehren mit dem gesamten in zweiter Instanz noch begehrten Klagsbetrag von 2.334.713,50 S samt Anhang stattgegeben wurde (die Abweisung eines Mehrbegehrens von 70.906,50 S, das ist die Position 2 lit c, war schon in zweiter Instanz in Rechtskraft erwachsen).

Zur Gegenforderung 2 erachtete das Berufungsgericht das Vorbringen der beklagten Partei und die über dieses Vorbringen hinausgehenden "überschießenden" Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes als unzureichend, um den Bestand der Gegenforderung beurteilen zu können. Zum Zwecke der Feststellung weiterer, nicht vorgebrachter "überschießender" Tatsachen komme eine Aufhebung nicht in Betracht. Soweit die Gegenforderung nicht mit dem Teilbetrag von 70.906,50 S anerkannt wurde, sei daher auch keine Tilgung durch Aufrechnung erfolgt. Durch die unwidersprochene Annahme der Rechnungen Beilagen 2 bis 4 sei es nicht zu einer stillschweigenden Zustimmung zur Aufrechnung gekommen.

Zur Gegenforderung 3 verwarf das Berufungsgericht die Mängelrüge (erhoben wegen der Nichtaufnahme von Beweisen im Irak) und billigte den Standpunkt des Erstgerichtes über die Beweislast der beklagten Partei, sodaß hier die Aufrechnung scheitere, ohne daß noch auf die Schiedsgerichtsvereinbarung und die Problematik der Zession und der Aufrechnungserklärung eingegangen werden müsse.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision der beklagten Partei wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es hinsichtlich der Gegenforderung von 222.225,40 S (das sind betragsmäßig die obigen Gegenforderungen 2 a, b, d und e) im Sinne einer Klagsabweisung abzuändern und hinsichtlich der Gegenforderung von 2,112.488,10 S (das ist der Betrag der Klagsforderung abzüglich des eben genannten Betrages von 222.225,40 S) aufzuheben. Die klagende Partei beantragte, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO), zumal die Ansicht des Berufungsgerichtes zutrifft, daß eine Urteilsaufhebung nur zwecks Ergänzung mangelhafter überschießender Feststellungen, also zum Zwecke, noch weitere überschießende Feststellungen zu treffen, nicht zulässig ist (SZ 56/23 ua).

Auch die Rechtsrüge dringt nicht durch.

Zu der vor allem durch eine im Berufungsverfahren außer Streit gestellte Rechtswahl gebotenen Anwendung österreichischen Rechts kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden.

Daß die Tatsachenbehauptungen der beklagten Partei zu der oben zu 2 dargestellten Gegenforderung nicht ausreichen, um ihren Bestand zu rechtfertigen, liegt auf der Hand; denn außer der Behauptung des Eintretens bestimmter Schäden und der Behauptung, die klagende Partei habe dafür einzustehen, kann dem Vorbringen der beklagten Partei nichts entnommen werden und auch die "überschießenden" Feststellungen des Erstgerichtes reichen nicht aus (s.o.). Die Gegenforderung könnte deshalb nur zu Recht bestehen, wenn in der Annahme der dazu von der beklagten Partei ausgestellten Rechnungen durch die klagende Partei eine konstitutive Anerkennung ihrer Schadenersatzpflicht zu erblicken wäre.

Eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 362 Abs 1 HGB auf

Fälle der vorliegenden Art kommt jedoch nicht in Betracht. Von einem

Kaufmann, zu dessen Gewerbebetrieb die Besorgung gewisser Geschäfte gehört, kann freilich im Zweifel erwartet werden, daß er mit allen

Aufträgen auf Vornahme solcher Geschäfte einverstanden ist, sodaß

sein Schweigen auf einen entsprechenden Antrag als Annahme gewertet

werden kann. Daß aber ein Kaufmann ebenso selbstverständlich

Schadenersatzansprüche erfüllen wolle, die gegen ihn erhoben werden,

entspricht nicht den im redlichen Handelsverkehr geltenden

Gewohnheiten und Gebräuchen. Es kann daher aus der Bestimmung des

§ 362 Abs 1 HGB nicht der Schluß gezogen werden, ein Kaufmann müsse

jede ihm zugemittelte Rechnung bezahlen, wenn er dieser nicht sofort

widersprochen habe. So wurde zB in der unwidersprochenen Annahme

einer Reparaturrechnung, der kein Auftrag zugrundelag (HS 10.600), oder in der widerspruchslosen Annahme von Honorarnoten, die keine detaillierte Aufstellung enthielten (HS 10.599), keine stillschweigende Anerkennung erblickt.

Das konkludente Zustandekommen eines konstitutiven Anerkenntnisses ist zwar möglich, nach der Regel des § 863 Abs 1 ABGB ist aber hier besondere Vorsicht geboten (Rummel in Rummel, ABGB, Rz 14 zu § 863 ABGB). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, daß die klagende Partei die Schadenersatzforderung der beklagten Partei anerkennen wollte. Das Berufungsgericht hat daher den Bestand der Gegenforderung 2 mit Recht verneint.

Zur Gegenforderung 3 beruft sich die beklagte Partei in der Revision nur auf die Unterlassung verschiedener Beweisaufnahmen, wiederholt also die Mängelrüge der Berufung. Wenn aber bestimmte Tatsachenfeststellungen

nicht getroffen wurden, weil die Aufnahme dazu angebotener Beweise nicht möglich ist, liegt kein in einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung begründeter Feststellungsmangel vor, der im Rahmen der Rechtsrüge geltend zu machen wäre, sondern es handelt sich allenfalls um einen Verfahrensverstoß, z.B. eine Verletzung der Vorschriften des § 279 ZPO. Dieser Verfahrensmangel wurde von der beklagten Partei schon im Berufungsverfahren vergeblich geltend gemacht und kann daher im Revisionsverfahren nicht neuerlich geprüft werden.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 50 und 41 ZPO.

**Anmerkung**

E10913

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0030OB00636.86.0429.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19870429\_OGH0002\_0030OB00636\_8600000\_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](http://www.jusline.at)