

# TE OGH 1968/6/5 6Ob53/68

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.06.1968

## Norm

ABGB §879 (1)

ABGB §932 (1)

ABGB §1438

4. Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch Art8 Z1

Handelsgesetzbuch §345

ZPO §391

ZPO §467 Z3

## Kopf

SZ 41/68

## Spruch

Wenn der Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung nicht wenigstens hinsichtlich irgendeiner materiellrechtlichen Frage ausgeführt ist, ist auf diesen Berufungsgrund nicht einzugehen.

Beharren auf Ausschluß des Preisminderungsanspruches sittenwidrig, wenn die Nachbesserung vergeblich versucht wurde oder wegen völliger Unbrauchbarkeit des Werkes nicht in Betracht kommt.

Im Falle eines Kompensationsverbotes ist die Aufrechnungseinrede abzuweisen.

Solidarhaftung auch, wenn das Geschäft nur auf der Gegenseite ein Handelsgeschäft ist.

Entscheidung vom 5. Juni 1968, 6 Ob 53/68.

I. Instanz: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien; II. Instanz:

Oberlandesgericht Wien.

## Text

Der am 23. April 1962 verstorbene ursprüngliche Erstbeklagte Georg E. hatte ein Verfahren zur Altpapiererneuerung erfunden. Zwecks Verwertung dieser Erfindung vereinigte er sich mit der Viertbeklagten, der Chemikerin Elisabeth M., zu einer Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechtes. Mit Schreiben vom 14. März 1960 stellte ihnen die Klägerin das Anbot, die nach den Plänen der E. zu erbauende Anlage ("Pulper") um 139.232 S herzustellen. Voraussetzung hiefür war, daß die Besteller zwei Kesselböden, vier Antriebsmotoren und vier Kupplungen auf ihre Kosten beistellen. Laut Punkt 1 des Anbots verpflichtete sich die Klägerin zur Anfertigung eines dichtschießenden Schnellschlußschiebers für den Stoffablaß. In einem Nachsatz wurde auf die allgemeinen Lieferbedingungen des Fachverbandes der Maschinen-, Stahl- und Eisenbauindustrie hingewiesen, die dem Anbotsschreiben angeschlossen waren. Die Besteller nahmen dieses Anbot mit Briefen vom 19. und 22. März 1960 an. Sie lieferten zwar die Kesselböden und die Motoren, konnten aber die Kupplungen nicht besorgen, weshalb Georg E. Ing. F., der namens der Klägerin mit ihm verhandelte,

bedrängte, die Klägerin möge auch deren Herstellung übernehmen. Ing. F. lehnte dies zunächst mit der Begründung ab, daß die Klägerin über keinerlei Erfahrung im Kupplungsbau verfüge, stimmte aber dem Verlangen E.'s schließlich unter der Bedingung zu, daß die Besteller die Verantwortung für die Kupplungen übernehmen. Die Besteller übergaben der Klägerin eine von einem Papiertechniker, namens Adolf J., der E. beratend zur Seite stand, angefertigte Prinzipskizze, die Klägerin errichtete hierauf die Konstruktionspläne und übersandte sie den Bestellern, die sie mit ihrem "Visto-Vermerk" versehen und mit Schreiben vom 20. Mai 1960 der Klägerin zurückmittelten. Mit diesem Schreiben erteilten die Besteller der Klägerin den Auftrag, vier Kupplungen herzustellen; sie fügten lediglich bei, daß der Visto-Vermerk nur unter der Voraussetzung gelte, daß die Klägerin keine wie immer gearteten Eigentumsansprüche stelle. Der Viertbeklagte, der sich nach der Bedeutung des Visto-Vermerks erkundigte, teilte Georg E. nur mit, ihre Unterschrift sei zur Wahrung ihrer Eigentumsansprüche notwendig. Mit Schreiben vom 24. Mai 1960 nahm die Klägerin den Auftrag an und versprach, die Kupplungen nach den Zeichnungen zum Preise von 4900 S je Kupplung anzufertigen.

Georg E. und Elisabeth M. hatten schon im Jahre 1959 durch die Klägerin einen kleineren Pulper herstellen lassen, dessen Pläne Ing. F. privat angefertigt hatte.

Die Herstellung der Rührflügel des strittigen Pulpers hätte die Anfertigung eines Modells durch einen Modelltischler erfordert. Ein solcher stand der Klägerin nicht zur Verfügung und die Betrauung einer anderen Firma hätte eine Verzögerung mit sich gebracht. Da Georg E. auf möglichst rasche Lieferung drängte, schlug ihm Ing. F. vor, die noch vorhandenen Gußteile der Rührflügel des kleineren Pulpers zu verwenden; damit erklärten sich die Besteller einverstanden.

Am 26. August 1960, also zirka fünf Monate nach Auftragserteilung, lieferte die Klägerin den Pulper, und die Besteller übergaben ihn sofort der Firma F., in deren Fabrik in M. er aufgestellt wurde. Es war der Abschluß eines Lizenzvertrages geplant, auf Grund dessen Georg E. und Elisabeth M. unter Zugrundelegung einer Tageskapazität von 10 bis 20 t und von 300 Arbeitstagen im Jahr 10 g pro Kilogramm verarbeiteten Altpapiers erhalten sollten; außerdem sollte ihnen eine einmalige Lizenzgebühr von 50.000 S bezahlt werden.

Nach Inbetriebnahme des Pulpers brach jedoch ein Rührflügel, die Lager verrieben sich, der Stoffablaßschieber war nicht vakuumdicht und daher unbrauchbar. Die Klägerin hatte zunächst einen handelsüblichen Schieber gekauft und eingebaut, als dieser aber nicht funktionierte, selbst einen Schieber konstruiert, ohne jedoch die Mängel beseitigen zu können. Auch die Kupplungen liefen trotz Verbesserungsarbeiten der Klägerin heiß, und es kam zum Verreiben von Bestandteilen. Die Firma F. ersetzte sie, da sie völlig unbrauchbar waren, durch eine eigene Konstruktion und ebenso die Rührflügel samt Lagerung sowie den Ablaßschieber. Erst seit November 1962 war der Pulper mit einer durchschnittlichen Monatsleistung von 100 t einsatzfähig. Wegen dieser Mängel kam es nicht zum Abschluß des geplanten Lizenzvertrages, sondern die Firma F. erwarb nach dem Tode des E. mit Vertrag vom 31. März 1963 die Patentrechte "zur maschinellen Aufschließung von für die Herstellung von Papier dienenden Faserstoffen" und für das "Verfahren zur Regenerierung von Altpapier" um den Gesamtpreis von 350.000 S.

Mit Faktura vom 1. September 1960 stellte die Klägerin den beiden Bestellern 175.669,80 S in Rechnung. Dieser Betrag setzt sich im wesentlichen aus dem ursprünglich vereinbarten Betrag von 139.232 S, ferner aus 1087,20 S für einen Schieber, aus 19.600 S für die Anfertigung der vier Kupplungen (diese beiden Posten sind unbestritten) und aus 14.950,60 S für Abänderungsarbeiten an den Kupplungen zusammen. Mit Rechnung vom 19. Dezember 1960 verlangte die Klägerin weitere 5310 S dafür, daß sie den zuerst gebauten kleineren Pulper durch zwei ihrer Angestellten nach Arbeitsschluß gegen Bezahlung von Überstundenentlohnung mehreren von Georg E. namhaft gemachten Interessenten vorgeführt hatte, und mit Rechnung vom 15. Februar 1961, weitere 9277 S für die Herstellung des zweiten Stoffablassers. Die Besteller zahlten insgesamt lediglich 100.000 S.

Das Erstgericht sprach aus, daß die Klagsforderung mit 80.979,80 S, die Gegenforderung der Beklagten mit 5310 S zu Recht bestehe und daß die Beklagten daher schuldig seien, der Klägerin den Betrag von 75.669,80 S samt 8 1/2% Zinsen seit 2. September 1960 zu bezahlen und die Prozeßkosten zu ersetzen. Ein Mehrbegehren von 14.587,50 S wurde abgewiesen. Dies mit folgender Begründung:

Da die Besteller gegen die dem Anbot der Klägerin angeschlossenen Lieferbedingungen niemals Einwendungen erhoben haben, gelten diese als stillschweigend vereinbarter Vertragsinhalt, und zwar nicht nur für die auf Grund des Anbots zustandegekommene Vereinbarung, sondern auch für die Nachtragsbestellung hinsichtlich Ablaßschieber,

Kupplungen und Rührflügel, da diese mit der ersten Bestellung im Zusammenhang standen. Lediglich für die Kosten der Vorführung des kleinen Pulpers seien die allgemeinen Lieferbedingungen ohne Bedeutung, da sie sich auf derartige Dienstleistungen nicht beziehen.

Dadurch, daß die Besteller den Pulper sofort nach Lieferung der Firma F. zur Verfügung stellten und auch, ohne die Zustimmung der Klägerin einzuholen, Änderungen durch die Firma F. gestatteten, hätten sie die Lieferung als Erfüllung angenommen, ein Rücktritt vom Vertrag sei daher nicht mehr möglich. Durch die allgemeinen Lieferbedingungen sei eine Preisminderung aus dem Titel der Gewährleistung ausgeschlossen; auf die bezüglichen Einwendungen sei daher nicht einzugehen. Zwar müsse der Lieferer innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung schadhaft gewordene Teile zufolge Abschnitt G Z. 1 der Lieferbedingungen entweder reparieren oder neu bauen, dies jedoch nur dann, wenn die vereinbarten Zahlungen geleistet werden. Nach Abschnitt B Z. 5 der Lieferbedingungen sei das Zurückhalten von Zahlungen wegen Gewährleistungsansprüche oder sonstiger vom Lieferer nicht anerkannter Gegenansprüche unzulässig. Nach Abschnitt G Z. 5 brauche der Lieferer für Kosten, die dadurch entstehen, daß der Besteller innerhalb der Gewährleistungsfrist ohne seine Zustimmung einen Mangel behebt, nicht aufzukommen.

Die Klägerin sei daher zur Behebung der bei dem Pulper aufgetretenen Mängel nicht verpflichtet gewesen, weil die Besteller die vereinbarten Zahlungen nicht leisteten. Sie hafte auch nicht für die Kosten der ohne ihre Zustimmung durch die Firma F. vorgenommenen Reparaturen. Überdies sei auch die einredeweise Geltendmachung von Gegenforderungen durch die Lieferbedingungen ausgeschlossen. Eine solche Vereinbarung sei zulässig, wirksam und nicht sittenwidrig.

Da die Besteller vertraglich die Verantwortung für die Kupplungen übernommen haben, die Klägerin deren Bau ausdrücklich nur ohne Gewähr durchführte, gehe der Aufwand für die ergänzenden Arbeiten an den Kupplungen zu Lasten der Besteller. Ebenso verhalte es sich mit dem Rührflügel. Da die Besteller nicht auf der Ausführung der ursprünglichen Zeichnung bestanden, sondern sich mit einem Rührflügel wie bei dem früheren Pulper begnügten, hätten sie die Folgen der unzulänglichen Bauweise zu tragen.

Hingegen falle der Mangel, daß der Stoffablaßschieber nicht vakuumdicht war, der Klägerin zur Last. Die mit 9277.50 S verrechneten Arbeiten habe die Klägerin auf Grund ihrer Mängelhaftung selbst zu tragen.

Die offenen Beträge für die Kupplungen von 19.600 S und für den Schieber von 1887.20 S seien von den Bestellern dem Grunde und der Höhe nach anerkannt worden.

Begründet sei auch die Forderung von 5310 S, da die Klägerin mit Wissen der Besteller den früheren Pulper verschiedenen Interessenten vorgeführt habe. Gegen diese Forderung könnten aber die Besteller die eingewendeten Gegenforderungen aufrechnen. Durch die an dem Pulper aufgetretenen Mängel sei den Beklagten der Abschluß des Lizenzvertrages und damit ein Gewinn entgangen, von den mehrfachen Mängeln habe die Klägerin allerdings nur jene zu vertreten, die am Stoffablaßschieber auftraten; dieses Mitverschulden sei mit einem Viertel zu bewerten. Wenn nun auch der aus der Vereitelung des Lizenzvertrages für das Jahr 1961 geltend gemachte Schaden wesentlich niedriger anzunehmen sei als mit der behaupteten Summe von 600.000 S und außerdem zu berücksichtigen sei, daß die Beklagten die Patentrechte der Firma F. um 350.000 S verkauft haben, so bestehe die Schadenersatzgegenforderung der Beklagten jedenfalls bis zum Betrage von 5310 S zu Recht. Diese Gegenforderung sei auch nicht verjährt, weil sie im Jahre 1961 entstanden und schon in der Klagebeantwortung im April 1962 geltend gemacht worden sei.

Es stehe somit einer Klagsforderung von 80.979.80 S eine Gegenforderung von 5310 S gegenüber. Wengleich die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes im Zweifel nicht solidarisch haften, treffe dies doch hier gemäß Art. 8 Nr. 1 der 4. hEV. deswegen zu, weil das Geschäft zumindest auf Seite der Klägerin ein Handelsgeschäft sei.

Das Urteil des Erstgerichtes wurde von beiden Seiten mit Berufung angefochten.

Das Berufungsgericht verwarf die Berufung der erst- bis drittbeklagten Parteien, soweit sie Nichtigkeit geltend machte, gab im übrigen den von beiden Seiten erhobenen Berufungen Folge, hob das Ersturteil auf und verwies die Sache unter Rechtskraftvorbehalt zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Im einzelnen führte es aus:

1. Zur Nichtigkeitsberufung der erst- bis drittbeklagten Parteien:

Georg E. habe am 20. März 1962 den Rechtsanwalt Dr. Heinrich G. für den vorliegenden Rechtsstreit bevollmächtigt. Da Georg E. am 24. April 1962 starb, sei der Nachlaß mit Beschluß des Bezirksgerichtes Innere Stadt - Wien als

Abhandlungsgerichtes vom 2. August 1962 seiner Gattin Elisabeth und seinen Kindern Felicitas und Georg, die sich auf Grund des Gesetzes bedingt erbserklärt hatten, eingewortet worden. Da gemäß § 547 ABGB. die Erben nach Annahme der Erbschaft den Erblasser darstellen, seien zufolge §§ 155 (2), 156 ZPO. die Rechtsnachfolger in den Prozeß eingetreten. Die Richtigstellung der Parteienbezeichnung sei zulässig, Dr. G. sei weiter vertretungsberechtigt gewesen.

Allerdings sei laut Mitteilung der Rechtsanwaltskammer für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 7. Februar 1967 Dr. Othmar N. als mittlerweiliger Stellvertreter des unfähig gewordenen Dr. G. bestellt worden. Hiedurch sei gemäß § 160 ZPO. der Rechtsstreit unterbrochen worden. Dies sei aber nach Abschluß der Verhandlung erster Instanz, wengleich vor Urteilsfällung, geschehen und durch Veranlassung des Berufungsgerichtes im Sinne des § 160 (2) und (3) ZPO. behoben worden.

## 2. Zur Berufung der Viertbeklagten:

Das Berufungsgericht erachtete die in dieser Berufung gegen die erstrichterliche Beweiswürdigung erhobenen Einwendungen als unbegründet und übernahm die bekämpften Feststellungen. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichtes, die Besteller hätten dadurch, daß sie ohne Zustimmung der Klägerin durch die Firma F. weitgehende Veränderungen an dem Pulper vornehmen ließen, und dieser Firma die Benützung gestatteten, unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß sie die Leistung als Erfüllung annehmen, so daß sie nicht mehr vom Vertrag zurücktreten können.

Dem Erstgericht sei auch darin zuzustimmen, daß die Lieferbedingungen, obwohl sie bloß dem ersten Anbot der Klägerin beilagen, auch für die nachträglichen Aufträge der Besteller gelten, da sie mit dem Hauptauftrag zur Herstellung des Pulpers in engem Zusammenhang stehen. Es könne auch von einer Sittenwidrigkeit dieser Lieferbedingungen keine Rede sein. Obwohl diese Bedingungen den Ausschluß der Preisminderung enthalten, wäre aber das Bestehen auf diesem Ausschluß bei vollkommener Untauglichkeit der Sache oder - wie hier - wenn die Behebung der Mängel vergeblich versucht wurde, sittenwidrig. Da der von der Klägerin zunächst gekaufte und eingebaute handelsübliche Stoffablaßschieber nicht vakuumdicht und daher unbrauchbar war und der von der Klägerin dann selbst gebaute Schieber gleichfalls nicht entsprach, stehe den Beklagten trotz Punkt 1 und 9 des Abschnittes G der Lieferbedingungen diesbezüglich ein Preisminderungsanspruch zu.

Ob dies auch für die Kupplungen gelte, werde davon abhängen, ob darauf nur die Lieferbedingungen anzuwenden sind oder ob darüber eine weitergehende Abmachung, nämlich der Ausschluß jeglicher Haftung auch für Fertigungsmängel getroffen wurde.

Das Erstgericht werde daher festzustellen haben, welche Fertigungsmängel vorlagen, sowie ob und inwieweit der Pulper wegen von der Klägerin zu vertretender Mängel weniger wert war.

Damit, daß die Klägerin den Stoffablaßschieber neu hergestellt hat, obwohl die Besteller ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen sind, sei sie von der Bestimmung des Abschnittes G Z. 6 der Lieferbedingungen abgegangen. Die Nichterfüllung der vereinbarten Zahlungsbedingungen stehe daher den Preisminderungs- und Schadenersatzansprüchen der Beklagten nicht entgegen.

Die Ausführungen des Erstgerichtes über die solidarische Zahlungspflicht der Beklagten seien zwar hinsichtlich der Hauptschuldigkeit richtig, doch werde zu prüfen sein, ob dies auch hinsichtlich der damit in keinem Zusammenhang stehenden Forderung von 5310 S zutrefte.

3. Der Berufung der erst- bis drittbeklagten Parteien komme aus den gleichen Erwägungen wie jener der viertbeklagten Berechtigung zu; wenn auch diese Erwägungen darin nicht geltend gemacht wurden, so seien sie doch im Rahmen der Rechtsrüge anzustellen.

## 4. Zur Berufung der Klägerin:

Die Klägerin sei zur Herstellung eines funktionierenden Stoffablaßschiebers verpflichtet gewesen. Da der erste nicht dicht schloß und unbrauchbar war, habe die Klägerin einen zweiten angefertigt. Damit habe sie nur einer vertraglichen Verpflichtung entsprochen; sie habe daher keinen Anspruch auf die dadurch entstandenen Kosten von 9277.50 S.

Das Erstgericht müsse jedoch noch den genauen Inhalt der Parteienvereinbarung hinsichtlich der Kupplungen feststellen, weil im Falle des Ausschlusses jeglicher Haftung der Klägerin ihr ein darauf zurückzuführendes

Nichtfunktionieren des Pulpers nicht angelastet werden könne. Außerdem könnte das von der Klägerin zu vertretende Nichtfunktionieren des Pulpers nur dann als für das Nichtzustandekommen des Lizenzvertrages ursächlich angesehen werden, wenn feststünde, daß ohne die aufgetretenen Fehler, soweit sie von der Klägerin zu verantworten seien, der Pulper funktioniert hätte. Hierzu bedürfe es auch einer Ergänzung des Sachverständigengutachtens.

Der Oberste Gerichtshof wies den Rekurs der erst- bis drittbeklagten Parteien zurück. Den Rekursen der klagenden und der viertbeklagten Partei gab er Folge, änderte den angefochtenen Beschluß hinsichtlich der erst- bis drittbeklagten Parteien dahin ab, daß die Berufung dieser Parteien zur Gänze zurückgewiesen wird, hob den Beschluß im übrigen auf und trug dem Berufungsgericht eine neue Entscheidung auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

I. Der Rekurs der erst- bis drittbeklagten Parteien ist unzulässig. Er bekämpft zunächst ausführlich den Beschluß des Berufungsgerichtes, mit dem die Berufung dieser Rekurswerber, insoweit sie Nichtigkeit geltend machen, verworfen wurde. Nach ständiger Rechtsprechung (SZ. XXIV 115, JBl. 1960 S. 383, 1962 S. 560, RiZ. 1967 S. 128 u. v. a.) ist jedoch ein derartiger Beschluß des Berufungsgerichtes unanfechtbar, weil er keinem der im § 519 ZPO. aufgezählten Fälle des zulässigen Rekurses gegen Entscheidungen des Berufungsgerichtes subsumiert werden kann.

Der Rekurs ist aber auch im übrigen unzulässig.

Die Rekurswerber haben in ihrer Berufung zwar vorgegeben, das Ersturteil wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung anzufechten, inhaltlich jedoch unter allen drei Anfechtungsgründen lediglich die von ihnen behauptete Nichtigkeit des Ersturteils ausgeführt. Gegen die rechtliche Beurteilung der Sache selbst haben sie sich mit keinem Wort gewendet. Sie sind daher nach ständiger Rechtsprechung nicht berechtigt, die versäumte Rechtsrüge nunmehr im Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluß des Berufungsgerichtes nachzuholen, die sich ausschließlich gegen solche Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes richtet, mit welchen die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes durch das Erstgericht gebilligt wurde (EvBl. 1967 Nr. 64, EvBl. 1959 Nr. 283, JBl. 1959 S. 458, JBl. 1957 S. 100 u. v. a.).

II. Der Rekurs der klagenden Partei ist begründet, der Rekurs der Viertbeklagten ist teilweise begründet.

1. Zunächst kommt dem Rekurs der Klägerin insofern Berechtigung zu, als das Berufungsgericht der Berufung der erst- bis drittbeklagten Parteien aus rechtlichen Gründen Folge gegeben hat. Es ist zwar richtig - wie das Berufungsgericht darlegt -, daß dann, wenn der Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend gemacht wurde, das Rechtsmittelgericht die rechtliche Beurteilung nach allen Richtungen hin zu untersuchen und nicht nur die Lösung jener Rechtsfragen zu überprüfen hat, hinsichtlich welcher das Urteil angefochten wurde (GR. 1968 S. 9, JBl. 1950 S. 140 u. v. a.), doch muß die Rechtsrüge in dem Rechtsmittel zumindest in bezug auf irgendeine Rechtsfrage gesetzmäßig ausgeführt werden, damit dann eine allseitige rechtliche Überprüfung vorgenommen werden kann (JBl. 1957 S. 566). Mit Recht verweist die Klägerin in ihrem Rekurs darauf, daß die erst- bis drittbeklagten Parteien in ihrer Berufung sich überhaupt nicht mit Fragen des materiellen Rechtes, sondern ausschließlich mit der Frage der Nichtigkeit befaßt haben, und zwar auch unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht nicht aus rechtlichen Erwägungen der Berufung der erst- bis drittbeklagten Parteien Folge geben.

Da Georg E. und die Viertbeklagte als gemeinsame Besteller des Pulpers lediglich Solidarschuldner waren und daher nicht im Verhältnis des § 14 ZPO. zueinander stehen, kommen den erst- bis drittbeklagten Parteien auch die Berufungsausführungen der Viertbeklagten nicht zugute.

Das Berufungsgericht hätte vielmehr gemäß §§ 471 Z. 3, 474 (2) ZPO. die Berufung der erst- bis drittbeklagten Parteien zurückweisen (verwerfen) müssen. In diesem Sinne war der angefochtene Beschluß entsprechend den Rekursausführungen der Klägerin abzuändern.

2. Mit Recht bekämpft die Klägerin auch die Ansicht des Berufungsgerichtes, die Klägerin habe dadurch, daß sie, als der ursprünglich von ihr gekaufte und eingebaute handelsübliche Stoffablaßschieber nicht funktionierte, einen anderen konstruierte und einbaute und auch an den Kupplungen Reparaturen vornahm, gemäß § 863 ABGB. konkludent auf ihre Rechte aus Abschnitt G der Lieferbedingungen verzichtet. Nach dieser Gesetzesstelle könnte eine derartige schlüssige Verzichtserklärung nur dann angenommen werden, wenn nach Überlegung aller Umstände und

unter Bedachtnahme auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche kein vernünftiger Grund zu zweifeln übrig bliebe, daß die Klägerin durch ihr Vorgehen eine derartige Erklärung abgeben wollte. Dies trifft hier deshalb nicht zu, weil die Klägerin nach Abschnitt G Z. 6 den Lieferbedingungen lediglich zur Mängelbehebung nicht verpflichtet war, solange die Besteller die vereinbarten Zahlungsbedingungen nicht erfüllt haben. Wenn sich die Klägerin dennoch zu Verbesserungen bereit fand, so stellt dies einen durch die längere Geschäftsverbindung erklärlichen Akt des Entgegenkommens und der Kulanz dar, der nicht als Verzicht auf sonstige Rechte aus den Vertragsbedingungen gewertet werden kann.

Es läßt sich auch keineswegs sagen, daß die Lieferbedingungen als sittenwidrig anzusehen wären; diese Auffassung hat schon das Berufungsgericht abgelehnt. Richtig ist allerdings, daß zumindest aus dem Gründe der Mangelhaftigkeit des Stoffablaßschiebers den Beklagten ein Preisminderungsanspruch zugebilligt werden muß, weil im Sinne der Entscheidung HS 1548 das Beharren auf dem Ausschluß eines Preisminderungsanspruches dann als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß, wenn die Nachbesserung vergeblich versucht wurde oder wegen völliger Unbrauchbarkeit des Werkes nicht in Betracht kommt.

Zur Frage, ob und inwieweit den Bestellern gleiche Ansprüche aus dem Nichtfunktionieren der Kupplungen zustehen, erachtet das Berufungsgericht eine Verfahrensergänzung in der Richtung für erforderlich, ob nach der Absicht der Vertragspartner die Besteller die Verantwortung lediglich für Konstruktionsmängel oder auch für Fertigungsmängel übernommen haben. Wenn das Berufungsgericht eine weitere Klärung des Sachverhaltes für notwendig hält, so kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegenreten (SZ. XXXVIII 29 und 227 u. a). Die diesem Auftrag zugrunde liegende Rechtsansicht, daß eine solche Unterscheidung für die Preisminderungs- und Schadenersatzansprüche der Besteller von Bedeutung wäre, ist jedenfalls richtig (EvBl. 1967 Nr. 437, RiZ. 1967 S. 74 u. v. a., zuletzt 1 Ob 188/67). Zu bemerken ist, daß die Ansicht des Berufungsgerichtes eine Stütze in Abschnitt G Z. 8 der Lieferbedingungen findet, wonach - vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung - dann, wenn ein Werk auf Grund von Angaben, Zeichnungen oder Modellen des Bestellers angefertigt wird, sich die Haftung des Lieferers nicht auf die Richtigkeit der Konstruktion, sondern nur darauf erstreckt, daß die Ausführung gemäß den Angaben des Bestellers geschah.

Einer gleichen Feststellung bedarf es aber auch hinsichtlich des Rührflügels. Da die Besteller mit der Ausführung laut der für den ersten Pulper angefertigten Zeichnung Nr. 5983 an Stelle der für den strittigen Pulper angefertigten Zeichnung Nr. 5000 einverstanden waren, können sie aus Konstruktionsmängeln des Rührflügels weder Preisminderungs- noch Schadenersatzansprüche ableiten.

Die Frage, ob den Beklagten aus diesem oder einem anderen Gründe Preisminderungs- oder Schadenersatzansprüche zustehen, kann aber gegenüber den von der Klägerin für die Anfertigung des zweiten Pulpers geltend gemachten Forderungen auf sich beruhen, weil der Geltendmachung solcher Ansprüche im vorliegenden Verfahren die Bestimmung des Abschnittes B Z. 5 der Lieferbedingungen entgegensteht. Danach ist die Zurückhaltung von Zahlungen wegen Gewährleistungsansprüche oder sonstiger, vom Lieferer nicht anerkannter Gegenansprüche des Bestellers nicht statthaft.

In dieser Bestimmung liegt ein vertragsmäßiger Ausschluß der Kompensation. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Ausdruck "Kompensation" nicht verwendet, sondern von "Zurückhaltung" gesprochen wird. Ist die Zurückhaltung von Zahlungen nicht statthaft, dann ist sie auch nicht mit der Begründung erlaubt, daß die Zahlung schon durch eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten bewirkt sei (§ 1438 ABGB.), und es ist mithin die Kompensation vertraglich ausgeschlossen. Die Kompensation erscheint eben als das Recht, die geschuldete Leistung zurückzuhalten (Gschnitzer im Klang[2] VI 491); sie unterscheidet sich von dem Zurückbehaltungsrecht namentlich dadurch, daß sie nur Geld und vertretbare Sachen, das Zurückbehaltungsrecht dagegen individuell bestimmte Sachen betrifft (Gschnitzer a.a.O. S. 492). Daraus ergibt sich, daß das Verbot der Zurückbehaltung von Zahlungen wegen Gegenansprüchen in Wahrheit nicht den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes, sondern der Kompensation beinhaltet, diese also ausschließt.

Daß aber ein Ausschluß der Kompensation gültig vereinbart werden kann und keinesfalls sittenwidrig ist, ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten (Gschnitzer a.a.O. 511, EvBl. 1962 Nr. 184, EvBl. 1956 Nr. 275 u. v. a.). Ebenso entspricht es ständiger Rechtsprechung, daß im Falle des Kompensationsausschlusses die Gegenforderung gar nicht zu prüfen, sondern im Urteil auszusprechen ist, daß eine Aufrechnung der Klagsforderung mit der Gegenforderung

nicht stattfindet (SZ. V 106, SZ. XXVII 197). Es ist daher in einem solchen Fall auch ausgeschlossen, etwa über die Forderung mit Teilurteil und dann über die Gegenforderung mit Endurteil zu entscheiden. Ob das möglich ist, hat die Entscheidung SZ. VII 302 offengelassen und sich darauf beschränkt, das Teilurteil über die Forderung zu bestätigen. Dagegen hat sich Nowak, JBl. 1951 S. 514 Anm. 117 gewendet und den Standpunkt vertreten, es wäre richtig gewesen, mit Endurteil den Zahlungsauftrag aufrechtzuerhalten und die Aufrechnungseinrede wegen Unaufrechenbarkeit der von der Kompensation vereinbarungsgemäß ausgeschlossenen Gegenforderung abzuweisen. Das entspricht der Rechtslehre, wonach im Falle des Kompensationsausschlusses eine urteilsmäßige Entscheidung über die aufgerechnete Gegenforderung, die den Zweck der Aufrechnung nicht herbeiführen kann, zu entfallen hat (Gschnitzer a. a. O. 511). Die Aufrechnungseinrede ist ein Abwehrmittel, kann sie ihren Verteidigungszweck wegen des Fehlens der Aufrechenbarkeit nicht erreichen, dann ist sie abzuweisen, ohne daß über den Bestand oder Nichtbestand der Gegenforderung abgesprochen wird (Fasching III S. 582, Nowak a. a. O. S.506).

Dem Rekurs der Viertbeklagten kann auch nicht darin gefolgt werden, daß sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sei. Wenn es auch zutrifft, daß das Rücktrittsrecht des Bestellers durch die Übernahme des Werkes dann nicht ausgeschlossen wird, wenn die Übernahme unter Vorbehalt geschieht (so HS. 4288 und 4289), so haben die Besteller im vorliegenden Fall den Pulper nicht nur übernommen, sondern sofort an die Firma F. weitergegeben und es geduldet, daß diese daran eine Reihe erheblicher Veränderungen vorgenommen hat, ohne daß die nach Abschnitt G Z. 5 der Lieferbedingungen hierfür notwendige Zustimmung der Klägerin eingeholt worden wäre. In diesem Verhalten der Besteller hat das Berufungsgericht mit Recht ein Verzicht auf einen allfälligen Wandlungsanspruch erblickt.

Beizupflichten ist auch der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß die nachträgliche Vereinbarung über die Herstellung der Kupplungen und der Rührflügel durch die Klägerin mit der vorhergegangenen Bestellung der Anfertigung des Pulpers eine Einheit bildet, zumal diese Vorrichtungen ebenso wie der Stoffablaßschieber notwendige Bestandteile für den Betrieb des Pulpers darstellen und ohne ihn überhaupt nicht bestellt worden wären. Demgemäß unterliegen auch die nachträglichen Bestellungen und Modifikationen den der Hauptvereinbarung zugrunde liegenden Lieferbedingungen.

Das Berufungsgericht hat auch die erstgerichtliche Feststellung, die Viertbeklagte habe als technischer Laie Georg E. alle mit dem Pulperbau zusammenhängenden Angelegenheiten zur alleinigen Besorgung überlassen, die Bestellung des Pulpers und alle späteren Vereinbarungen seien daher von beiden Bestellern getroffen worden, übernommen. Die Bestreitung dieser Feststellungen im Rekurs der Viertbeklagten bedeutet somit eine unzulässige Bekämpfung der untergerichtlichen Beweiswürdigung. Geht man aber von dieser Feststellung aus, dann ist auch die vom Berufungsgericht daran geknüpfte rechtliche Folgerung zutreffend, daß gemäß § 345 HGB. und Art. 8 Z. 1 der 4. hEV. beide Besteller für die Forderungen der Klägerin aus der Pulperanfertigung zur ungeteilten Hand haften, da das Rechtsgeschäft auf seiten der Klägerin ein Handelsgeschäft war (3 Ob 470/57, 3 Ob 417/60).

Aus all dem ergibt sich, daß die Klagsforderung zur Entscheidung spruchreif ist. Dies gilt auch für die Klagsteilforderung von 5310 S für die Vorführung des ersten Pulpers. Denn wenn auch auf dieses Rechtsgeschäft, weil es vor der Erteilung des Auftrags vom 19. und 22. März 1960 abgewickelt wurde, die Lieferbedingungen nicht zur Anwendung kommen, so besteht andererseits zwischen dieser Forderung und den von den Bestellern aus der mangelhaften Lieferung des zweiten Pulpers abgeleiteten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen kein wie immer gearteter Zusammenhang.

Es ist auch nicht erforderlich, daß sich das Erstgericht mit der Frage der Solidarhaftung beider Besteller für diese Kosten weiter befaßt. Denn da das Erstgericht festgestellt hat, daß beide Besteller schon im Jahre 1959 den kleineren Pulper durch die Klägerin herstellen ließen und daß die Klägerin diesen kleinen Pulper in Kenntnis beider Besteller vor von Georg E. namhaft gemachten Interessenten vorgeführt hat, und das Berufungsgericht die Feststellungen des Erstgerichtes übernommen hat, ergibt sich die Solidarhaftung der Viertbeklagten für die Vorführungskosten gemäß § 345 HGB. und Art. 8 Z. 1 der 4. hEV. schon daraus, daß das Rechtsgeschäft auf seiten der Klägerin zweifellos ein Handelsgeschäft war (3 Ob 470/57, 3 Ob 417/60). Überdies haften nach ständiger Rechtsprechung (SZ. XXVII 299, JBl. 1967 S. 148) mehrere Personen, die auf Grund eines einheitlichen Vertrages einen Auftrag erteilen, nach Treu und Glauben im redlichen Geschäftsverkehr für die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zur ungeteilten Hand.

Somit könnte über die ganze Klagsforderung, soweit sie für berechtigt erkannt wird, mit Teilurteil entschieden und hinsichtlich der für die Herstellung des zweiten Pulpers erhobenen Forderungen die Kompensationseinrede

abgewiesen werden. Spruchreife ist lediglich hinsichtlich der Gegenforderungen bis zum Betrag der Klagsteilforderung von 5310 S nicht gegeben, es sei denn, daß das Berufungsgericht dem Erstgericht darin folgt, daß den Beklagten eine Gegenforderung in dieser Höhe auf jeden Fall zusteht.

Hinsichtlich der Gegenforderungen muß den Rekursausführungen der Viertbeklagten so weit zugestimmt werden, als sie die Ansicht des Berufungsgerichtes bekämpfen, der Viertbeklagten stunden Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin wegen von dieser zu vertretende Mängel nur dann zu, wenn der Pulper ohne diese Mängel funktioniert hätte. War nämlich das Nichtfunktionieren des Pulpers sowohl durch von der Klägerin zu vertretende Mängel als auch durch von ihr nicht zu vertretende Mängel verursacht, dann wird der Schaden von den Beteiligten im entsprechenden Verhältnis zu tragen sein das allenfalls gemäß § 273 ZPO. zu ermitteln sein wird.

Geht man davon aus, daß die Spruchreife nur noch hinsichtlich der Gegenforderungen bis zum Betrage von 5310 S fehlt, wäre die Erlassung eines Teilurteiles geboten. Das Berufungsgericht hat im angefochtenen Beschluß von seinem Rechtsstandpunkt aus das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erlassung eines Teilurteiles über die Klagsforderung verneint. Wenn auch die Erlassung eines solchen Urteils ins Ermessen des Berufungsgerichtes fällt, so wird es doch angesichts der vorstehenden, von seiner Rechtsansicht abweichenden Ausführungen und der sich hieraus ergebenden Spruchreife der Klagsforderung zu prüfen haben, ob nicht durch die Fällung eines Teilurteils eine Beschleunigung und Vereinfachung der Rechtssache erreichbar ist (vgl. die unter A 1 und 2 zu § 391 ZPO. Ausgabe Stägel - Michlmayr 1960 abgedruckten Entscheidungen).

#### **Anmerkung**

Z41068

#### **Schlagworte**

Aufrechnungseinrede, Abweisung bei Kompensationsverbot, Aufrechnungsverbot, Abweisung der Aufrechnungseinrede, Berufungsgrund, Berücksichtigung des - der unrichtigen rechtlichen, Beurteilung, Gegenforderung, Abweisung der Aufrechnungseinrede bei, Kompensationsverbot, Gewährleistung, sittenwidriger Ausschluß des Preisminderungsanspruches, Handelsgeschäft, Solidarhaftung bei einseitigem -, Preisminderung, sittenwidriger Ausschluß des Anspruchs, Sittenwidrigkeit, Ausschluß des Preisminderungsanspruches, Solidarhaftung, einseitiges Handelsgeschäft

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

ECLI:AT:OGH0002:1968:0060OB00053.68.0605.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19680605\_OGH0002\_0060OB00053\_6800000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)