

# TE OGH 1999/1/28 6Ob197/98h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.01.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Vogel als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Partei Ing. Herbert S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Mayer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei M\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Marion Kral, Rechtsanwältin in Wien, wegen 100.000,- S (7 C 3565/94d) und 83.286,01 S (7 C 2990/94w), infolge ordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 31. März 1998, GZ 1 R 603/97s-49, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 22. August 1997, GZ 7 C 3565/94d-43, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird im Umfang der Anfechtung dahin abgeändert, daß das zu 7 C 3565/94 ergangene Urteil des Erstgerichtes sowie seine Entscheidung über die Verfahrenskosten erster Instanz wiederhergestellt werden.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 16.538,80 S (darin 2.749,80 S Umsatzsteuer und 40 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 12.706,40 S (darin 1.014,40 S Umsatzsteuer und 6.620 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte beauftragte den Kläger im Jahr 1993, bei zwei Bauvorhaben in Wien Leistungsverzeichnisse zu erstellen und die örtliche Bauaufsicht zu übernehmen. Es wurde ein Pauschalhonorar von 600.000 S (inklusive Umsatzsteuer) vereinbart, wovon die Beklagte 500.000 S bezahlte.

Mit der am 8. 11. 1994 beim Landesgericht Klagenfurt eingebrachten Klage begehrt der Kläger den noch nicht bezahlten Rest seines Pauschalhonorars. Die Rechtssache wurde auf gemeinsamen Delegationsantrag vom Bezirksgericht für Handelssachen Wien zu 7 C 3565/94d weitergeführt.

Mit der am 7. 10. 1994 beim Bezirksgericht für Handelssachen Wien zu 7 C 2990/94w eingelangten Klage begehrt der Kläger 83.286,01 S für erbrachte, über den Auftrag hinausgehende Zusatzleistungen.

Die Verfahren wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden (S 1 zu ON 12).

Die Abweisung des auf erbrachte Zusatzleistungen gestützten Klagebegehrens wurde rechtskräftig. Revisionsgegenstand ist nur mehr die Restforderung des Klägers aus der Pauschalhonorarvereinbarung.

Die Parteien erstatteten dazu im Verfahren erster Instanz im wesentlichen folgendes Vorbringen:

Der Kläger steht zusammengefaßt auf dem Standpunkt, daß seine Tätigkeit mängelfrei gewesen sei. Es sei vereinbart worden, daß seine Bauaufsichtstätigkeit mit dem Zeitpunkt der Übergabe des Bauwerks und der Legung der Schlußrechnung ende. Er habe Schlußrechnung gelegt. Eine Mängelfreiheit des Bauwerks als Voraussetzung seines Honoraranspruchs sei nicht vereinbart worden.

Die Beklagte wandte mangelnde Fälligkeit der Schlußrechnung des Klägers ein, weil dieser die vereinbarte Rechnungsprüfung für die Malerarbeiten und Gärtnerarbeiten nicht durchgeführt habe. Der Kläger habe die vereinbarten Leistungen (Zeitplanüberwachung;

Terminkoordination; Kontrolle der Ausführungsqualität der Arbeiten;

Bauleitung und Abrechnungskontrolle) nicht bzw nicht vollständig erbracht, sodaß die Beklagte nach erfolgloser Nachfristsetzung eine Ersatzvornahme mit Kosten von 189.927 S durchführen habe lassen, welcher Betrag als Gegenforderung eingewendet werde (ON 10). Aus Verschulden des Klägers habe sich die Bauzeit um zwei Monate verlängert. Die mängelfreie Übergabe des Werkes sei Inhalt der vereinbarten Bauleitung durch den Kläger gewesen. Wegen mangelhafter Bauaufsicht sei für fehlerhafte Schlosserarbeiten infolge vertragswidrigen Einbaus von unverzinktem Geländer eine Ersatzvornahme notwendig geworden. Die Beklagte habe aus Verschulden des Klägers an das Schlossereiunternehmen 174.505,70 S zuviel bezahlt, welcher Betrag gegenüber der Klageforderung compensando eingewendet werde (ON 16). Eine weitere Gegenforderung der Beklagten von 78.000 S und das dazu erstattete Vorbringen (S 2 f zu ON 42) wurden vom Erstgericht als verspätet zurückgewiesen und sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens.

Der Kläger räumte zum Vorwurf der Verletzung seiner Aufsichtspflicht ein, daß er das Schlossereiunternehmen zwar verspätet kontrolliert habe und anerkannte die Höhe der Kosten der Ersatzvornahme in der vom Erstgericht aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens errechneten Höhe von 116.035,90 S. Eine Gegenforderung in dieser Höhe stehe der Beklagten aber nicht zu, weil sie dem Schlosserunternehmen einen höheren Betrag verrechnet habe, "sodaß sich bei der Verrechnung der tatsächlichen Ersatzvornahmekosten ein Guthaben der Fa. S\*\*\*\*\* ergibt" (S 5 zu ON 42).

Das Erstgericht stellte zu 7 C 3565/94 (P I. des Urteilsspruchs) die Klageforderung mit 100.000 S als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung bis zu dieser Höhe als zu Recht bestehend fest und wies das Klagebegehren ab. Es stellte den auf den S 6 bis 10 in ON 43 ersichtlichen Sachverhalt fest, von dem für das Revisionsverfahren folgendes als wesentlich hervorzuheben ist: Das Erstgericht stellte zu 7 C 3565/94 (P römisch eins. des Urteilsspruchs) die Klageforderung mit 100.000 S als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung bis zu dieser Höhe als zu Recht bestehend fest und wies das Klagebegehren ab. Es stellte den auf den S 6 bis 10 in ON 43 ersichtlichen Sachverhalt fest, von dem für das Revisionsverfahren folgendes als wesentlich hervorzuheben ist:

Der Kläger habe am 12. 7. 1994 Schlußhonorarnote gelegt. Für beide Bauwerke seien verzinkte Geländer für die Fenster bestellt worden. Die erste Lieferung des Schlosserunternehmens sei vom Kläger geprüft worden und in Ordnung gewesen. Bei der zweiten Lieferung seien schon gestrichene, aber nicht verzinkte Geländer geliefert und teilweise montiert worden. Der Kläger habe die Lieferung nicht sofort, sondern erst fünf Tage bis eine Woche später kontrolliert. Das Schlossereiunternehmen habe zum vereinbarten Liefertermin den Mangel nicht beheben und die bestellten verzinkten Geländer nicht liefern können, sodaß die Prozeßparteien einvernehmlich eine Spezialfirma zur Ersatzvornahme beauftragt hätten. Für die Demontage und neuerliche Montage seien 5.100 S und 6.800 S jeweils zuzüglich Umsatzsteuer verrechnet worden. Die Beklagte habe im Zusammenhang mit den falsch gelieferten Geländern eine Aufstellung verfaßt, in der sie von der Gesamtschlußrechnungssumme des Schlossereiunternehmens von 784.425,40 S nicht nur einen 6 %igen Nachlaß abgezogen habe, sondern auch 645.706,30 S an Kosten für die Ersatzvornahme. Zu dem sich ergebenden Betrag von 91.653,58 S habe sie die Umsatzsteuer addiert, was 109.984,30 S ergeben habe. Da die Beklagte an das Schlossereiunternehmen bereits 284.490 S gezahlt gehabt habe, hätte sich daraus für sie ein Guthaben gegenüber dem Schlossereiunternehmen von 174.505,70 S ergeben. In der Aufstellung der Beklagten sei der Betrag von 645.706,30 S nicht näher aufgeschlüsselt worden.

Der Kläger arbeite mit Bankkredit. Sein Konto sei per 9. 11. 1994 mit zumindest 100.000 S belastet gewesen, für die Überziehung seien 11 % Sollzinsen und 0,5 % Überziehungszinsen berechnet worden. Dieser Zinssatz habe auch am 6. 7. 1995 gegolten. Ab 25. 4. 1996 sei der Zinssatz auf 8,5 % reduziert worden.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht den Sachverhalt im wesentlichen dahin, daß die Berechtigung der Klageforderung mit 100.000 S unstrittig sei. Die eingewendeten Gegenforderungen seien mit einer Ausnahme niemals präzisiert worden. Lediglich zu den Schlosserarbeiten habe die Beklagte eine Verletzung der Bauleitungspflicht des Klägers geltend gemacht. Diesbezüglich habe der Kläger eine zu späte Kontrolle eingeräumt und die Höhe der Kosten der Ersatzvornahme anerkannt. Wenn der Kläger dazu aber eine bereits durchgeführte Verrechnung der Beklagten mit dem Schlossereiunternehmen geltend mache, so könne diese Abrechnung aufgrund der von der Beklagten vorgelegten Urkunden nicht überprüft werden. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit der Beklagten gegenüber dem Schlossereiunternehmen 645.706,30 S zustehen sollten. Dem Kläger sei daher einzuräumen, daß nicht auf ein Guthaben der Beklagten, sondern auf ein solches der Schlosserfirma zu schließen sei. Der Kläger habe aber nicht vorgebracht, daß die Beklagte insofern bereichert wäre, als das Schlosserunternehmen die aus ihrer Sicht allenfalls offene Forderung gegenüber der Beklagten nicht mehr (etwa wegen Verjährung) geltend machen könnte. Daß sich die Beklagte offensichtlich zu Unrecht Kosten der Ersatzvornahme gegenüber dem Schlosserunternehmen einbehalten habe, könne an der Haftung des Klägers nichts ändern. Die eingewendete Gegenforderung bestehe daher zu Recht.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge und änderte das erstinstanzliche Urteil zu 7 C 3565/94d dahin ab, daß die Klageforderung mit 100.000 S als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung aber als nicht zu Recht bestehend erkannt und die Beklagte zur Zahlung von 100.000 S sA verurteilt wurde. Ein Mehrbegehren von 20 % Umsatzsteuer aus den Zinsen wurde abgewiesen. Das Berufungsgericht übernahm nach Erledigung der Mängelrüge und der Beweistrüge die Feststellungen des Erstgerichtes und beurteilte diese rechtlich im wesentlichen dahin, daß keine Feststellungen darüber getroffen worden seien, ob die Schadenersatzansprüche der Beklagten gegenüber dem Schlosserunternehmen im Rahmen der beiderseitigen Verrechnung nicht bereits zur Gänze abgedeckt worden seien. Der Vertrag zwischen den Prozeßparteien über die Erstellung von Leistungsverzeichnissen, die örtliche Bauaufsicht und die Kontrolle bestimmter Gewerke sei ein gemischter Vertrag, der Elemente des Werkvertrages und der Geschäftsbesorgung enthalte. Nach der anzuwendenden Kombinationstheorie habe der Kläger für Mängel bei der Erstellung der Leistungsverzeichnisse nach § 1167 ABGB einzustehen, für das Fehlen der Bauüberwachung aber nach § 1012 ABGB. Danach habe der Geschäftsherr das Vorliegen eines Schadens, die Verursachung und die Pflichtverletzung sowie das Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu beweisen, der Geschäftsbesorger müsse den Nachweis mangelnden Verschuldens erbringen. Die Beklagte habe von der Gesamtschlußrechnungssumme des Schlosserunternehmens nicht aufgeschlüsselte und daher nicht überprüfbare Kosten von 645.706,30 S durch Gegenverrechnung in Abzug gebracht und sei letztlich zum Ergebnis gekommen, daß ihr nach bereits geleisteten Zahlungen von 284.490 S noch ein Guthaben von 174.505,70 S zustehe. Der von der Beklagten konkret eingewendete Schaden rühre grundsätzlich daher, daß eine gänzliche Tilgung ihrer Forderungen durch Gegenverrechnung (§ 1438 ABGB) infolge bereits geleisteter Überzahlungen nicht eingetreten sei. Diesbezüglich hätte die Beklagte den Nachweis anzutreten gehabt, daß die Überzahlung ursächlich auf ein Fehlverhalten des Klägers zurückzuführen sei. Nicht jede Überzahlung vom Vertrag sei nach dem Zweck des Geschäftsbesorgungsvertrages vertraglich geschützt. Die Beklagte hätte den Beweis antreten müssen, daß der Kläger an der Freigabe der Zahlungen in ursächlicher Form beigetragen habe. Ohne diesen Nachweis wäre der Schaden der Beklagten durch Überzahlung nicht mehr vom Rechtswidrigkeitszusammenhang aus der Verletzung der Geschäftsbesorgung (des Klägers) umfaßt. Ein Vorbringen der Beklagten dazu sei nicht einmal ansatzweise erstattet worden. Die Behauptung "aus Verschulden der klagenden Partei an die Schlosserfirma S\*\*\*\*\* zuviel bezahlt" zu haben, reiche nicht aus. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge und änderte das erstinstanzliche Urteil zu 7 C 3565/94d dahin ab, daß die Klageforderung mit 100.000 S als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung aber als nicht zu Recht bestehend erkannt und die Beklagte zur Zahlung von 100.000 S sA verurteilt wurde. Ein Mehrbegehren von 20 % Umsatzsteuer aus den Zinsen wurde abgewiesen. Das Berufungsgericht übernahm nach Erledigung der Mängelrüge und der Beweistrüge die Feststellungen des Erstgerichtes und beurteilte diese rechtlich im wesentlichen dahin, daß keine Feststellungen darüber getroffen worden seien, ob die Schadenersatzansprüche der Beklagten gegenüber dem Schlosserunternehmen im Rahmen der beiderseitigen Verrechnung nicht bereits zur Gänze abgedeckt worden seien. Der Vertrag zwischen den Prozeßparteien über die Erstellung von Leistungsverzeichnissen, die örtliche Bauaufsicht und die Kontrolle bestimmter Gewerke sei ein gemischter Vertrag, der Elemente des Werkvertrages und der Geschäftsbesorgung enthalte. Nach der anzuwendenden Kombinationstheorie habe der Kläger für Mängel bei der Erstellung der Leistungsverzeichnisse nach Paragraph 1167, ABGB einzustehen, für das Fehlen der Bauüberwachung aber nach Paragraph 1012, ABGB. Danach habe der Geschäftsherr das Vorliegen eines Schadens, die Verursachung

und die Pflichtverletzung sowie das Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu beweisen, der Geschäftsbesorger müsse den Nachweis mangelnden Verschuldens erbringen. Die Beklagte habe von der Gesamtschlußrechnungssumme des Schlosserunternehmens nicht aufgeschlüsselte und daher nicht überprüfbare Kosten von 645.706,30 S durch Gegenverrechnung in Abzug gebracht und sei letztlich zum Ergebnis gekommen, daß ihr nach bereits geleisteten Zahlungen von 284.490 S noch ein Guthaben von 174.505,70 S zustehe. Der von der Beklagten konkret eingewendete Schaden rühre grundsätzlich daher, daß eine gänzliche Tilgung ihrer Forderungen durch Gegenverrechnung (Paragraph 1438, ABGB) infolge bereits geleisteter Überzahlungen nicht eingetreten sei. Diesbezüglich hätte die Beklagte den Nachweis anzutreten gehabt, daß die Überzahlung ursächlich auf ein Fehlverhalten des Klägers zurückzuführen sei. Nicht jede Überzahlung vom Vertrag sei nach dem Zweck des Geschäftsbesorgungsvertrages vertraglich geschützt. Die Beklagte hätte den Beweis antreten müssen, daß der Kläger an der Freigabe der Zahlungen in ursächlicher Form beigetragen habe. Ohne diesen Nachweis wäre der Schaden der Beklagten durch Überzahlung nicht mehr vom Rechtswidrigkeitszusammenhang aus der Verletzung der Geschäftsbesorgung (des Klägers) umfaßt. Ein Vorbringen der Beklagten dazu sei nicht einmal ansatzweise erstattet worden. Die Behauptung "aus Verschulden der klagenden Partei an die Schlosserfirma S\*\*\*\*\* zuviel bezahlt" zu haben, reiche nicht aus.

Das Berufungsgericht sprach zunächst aus, daß die Revision jedenfalls unzulässig sei, änderte diesen Rechtsmittelzulässigkeitsausspruch aber auf Antrag der Beklagten gemäß § 508 Abs 1 ZPO ab und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Das Berufungsgericht sprach zunächst aus, daß die Revision jedenfalls unzulässig sei, änderte diesen Rechtsmittelzulässigkeitsausspruch aber auf Antrag der Beklagten gemäß Paragraph 508, Absatz eins, ZPO ab und erklärte die ordentliche Revision für zulässig.

Mit ihrer ordentlichen Revision beantragt die Beklagte die Abänderung dahin, daß das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt werde, hilfsweise beantragt sie die Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichtes zur Verfahrensergänzung.

Der Kläger beantragt in der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision "mit Ausnahme des zu modifizierenden Zinsenspruches" nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist schon deshalb zulässig, weil die gerügte Aktenwidrigkeit zum Thema der Voraussetzungen für einen die gesetzlichen Zinsen übersteigenden Zinsenspruch vorliegt. Die Revision ist im Ergebnis aber auch hinsichtlich des Hauptanspruchs berechtigt:

Vorauszuschicken ist, daß Gegenstand der Revision nur die Fälligkeit der Klageforderung sowie die Berechtigung einer Gegenforderung der Beklagten aus dem Grund einer Verletzung der Aufsichtspflicht des Klägers hinsichtlich der Schlosserarbeiten und das allfällige Erlöschen dieser Gegenforderung infolge Tilgung durch Kompensation ist. Die Beklagte verfolgt die übrigen im Verfahren erster Instanz eingewendeten Gegenforderungen nicht mehr.

Auf die mangelnde Fälligkeit des Honoraranspruchs wegen nicht erledigter Rechnungskontrolle der Gartenarbeiten kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil sie (auch dazu) eine Ersatzvornahme behauptete, selbst also von einer beendeten Tätigkeit des Klägers ausgeht, was die Fälligkeit des Werklohns oder Entgelts für Geschäftsbesorgung (§ 1004 ABGB) auslöst. Eine auf Gewährleistungsrecht gestützte Preisminderung wird nicht geltend gemacht. Auf die mangelnde Fälligkeit des Honoraranspruchs wegen nicht erledigter Rechnungskontrolle der Gartenarbeiten kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil sie (auch dazu) eine Ersatzvornahme behauptete, selbst also von einer beendeten Tätigkeit des Klägers ausgeht, was die Fälligkeit des Werklohns oder Entgelts für Geschäftsbesorgung (Paragraph 1004, ABGB) auslöst. Eine auf Gewährleistungsrecht gestützte Preisminderung wird nicht geltend gemacht.

Die Beklagte hat ihre mit 174.505,70 S bezifferte Gegenforderung darauf gestützt, daß sie zur Mängelbehebung eine Ersatzvornahme habe durchführen lassen und aus Verschulden des Klägers an das Schlossereiunternehmen um den genannten Betrag zuviel gezahlt habe. Eine nähere Aufschlüsselung der Kosten der Ersatzvornahme erfolgte nicht. Auch die von der Beklagten vorgelegte "Gesamtzusammenstellung Abrechnung Fa. S\*\*\*\*\*" (Beil 12) trug zur Aufklärung nichts bei, weil darin "Mehrkosten durch Ersatzvornahme" von 645.706,30 S aufscheinen, zu denen die Beklagte im Verfahren erster Instanz einräumte, daß darin auch andere Mängelbehebungskosten enthalten seien, die der Kläger

nicht zu vertreten habe. Trotz der Verletzung der prozessualen Diligenzpflicht (die Parteien haben die für ihren Standpunkt maßgeblichen Umstände konkret zu behaupten und Beweismittel hierfür anzubieten) ist im Revisionsverfahren von der Berechtigung einer Gegenforderung bis zur Höhe der Klageforderung auszugehen, weil der Kläger selbst das Ergebnis der Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens dahin zur Kenntnis genommen hat, daß er die Höhe der Kosten der Ersatzvornahme (116.035,90 S) und auch die grundsätzliche Berechtigung der Beklagten, Ersatz zu verlangen, akzeptierte und nur einwandte, daß keine Gegenforderung deshalb zustünde, weil die Beklagte die Ersatzvornahmekosten dem Schlosserunternehmen ohnehin schon verrechnet habe (S 5 zu ON 42). Das beiderseitige Parteivorbringen im Verfahren erster Instanz ist daher dahin zu verstehen, daß die Beklagte die im Beweisverfahren hervorgekommenen Mängelbehebungskosten als Gegenforderung geltend macht und der Kläger dagegen nur den Einwand einer schon im Wege der Kompensation erfolgten Tilgung erhebt. Insoweit er über diesen Einwand hinaus im Berufungsverfahren und in der Revisionsbeantwortung seine Ersatzpflicht auch aus dem Grund bestreitet, daß ihm nur eine geringfügige Verletzung seiner Aufsichtspflicht anzulasten sei, weil er die mangelhafte Lieferung und Montage von unverzinkten Geländern ohnehin schon bei einer Kontrolle nach fünf Tagen bemerkt habe, ist ihm seine Aufsichtspflicht entgegenzuhalten, die ihn verpflichtete, die Lieferung sofort zu überprüfen. Der Kläger hatte die Bauaufsicht übernommen. Eine vertragliche Verpflichtung bestand gerade darin, derartige mangelhafte Leistungen von Professionisten zu verhindern. Daß er zu einer sofortigen Überprüfung nicht verpflichtet oder ohne Verschulden gehindert gewesen wäre, hätte der Kläger zu behaupten und zu beweisen gehabt.

Das Berufungsgericht verneinte die Berechtigung der Gegenforderung der Beklagten, erachtete den Tilgungseinwand des Klägers für berechtigt und begründete dies damit, daß das Erstgericht keine Feststellungen getroffen habe, ob die Schadenersatzansprüche gegenüber dem Schlosserunternehmen im Rahmen der Verrechnung bereits abgedeckt worden seien. Die Beklagte hätte die von ihr behauptete Überzahlung und die dadurch bewirkte Unmöglichkeit, Schadenersatz im Wege der Kompensation zu erlangen, nachzuweisen gehabt. Damit hat das Berufungsgericht aber die Beweislast falsch beurteilt. Die Beklagte hat den Eintritt eines von zwei Schädigern verursachten und verschuldeten Schadens nachgewiesen. Schädiger haften mangels einer Anteilsbestimmung nach § 1302 ABGB solidarisch. Daß die Beklagte vom zweiten Solidarschuldner schon Zahlung erlangt hätte, wäre vom Kläger zu beweisen gewesen. Dieser hat zum Beweis seiner Behauptung, die Beklagte habe den Schadenersatzanspruch mit dem Werklohn des Schlossereierunternehmens verrechnet (kompensiert), auf kein einziges Beweismittel gestützt (S 5 zu ON 42), offensichtlich weil auch er die Beweislastregeln verkannte. Das Fehlen eines Beweismittelanbots hätte allenfalls zu einer richterlichen Anleitung (§ 182 ZPO) führen können oder müssen. Dies hat der Kläger aber in seiner Berufung nicht gerügt, sondern nur fehlende Feststellungen zum Thema der Kompensation geltend gemacht. Der Feststellungsmangel beruhte aber nicht auf einer falschen Rechtsansicht des Erstgerichtes, sondern auf einem Parteienfehler und einem allfälligen Gerichtsfehler durch Unterlassung einer Anleitung. Die Verletzung der Anleitungspflicht hätte der Kläger im Berufungsverfahren als Verfahrensmangel erster Instanz geltend machen müssen. Mangels Rüge war ein solcher Verfahrensmangel vom Berufungsgericht nicht wahrzunehmen. Die fehlenden Feststellungen zu einer schon stattgefundenen Kompensation gehen daher zu Lasten des beweispflichtigen Klägers. Jede Partei hat die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen (SZ 48/92 uva). Nur ausnahmsweise kann bei der Klärung von Tatfragen, die tief in die Sphäre der anderen Partei hineinführen, eine Verschiebung der Beweislast aus dem Grund der "Nähe zum Beweis" eintreten. Dies setzt aber immer voraus, daß derjenige, den die Beweislast nach den allgemeinen Regeln trifft, seiner Beweispflicht in dem ihm zumutbaren Ausmaß nachkommt (SZ 60/218; 4 Ob 1638/95 mwN). Im vorliegenden Fall hätte sich der Kläger zum Beweis seiner Behauptung, der zweite Schädiger habe im Wege der Kompensation bereits Ersatz geleistet, zumindest auf den Zeugenbeweis durch Vernehmung des schädigenden Unternehmers berufen können und auch berufen müssen. Es hätte auch der Streit verkündet werden können (§ 21 ZPO). Die Voraussetzungen für eine Verschiebung der Beweislast liegen daher nicht vor. Damit ist die Sache aber spruchreif im Sinne der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Rechtsausführungen zum sogenannten Baubetreuungsvertrag, bei dem der Baubetreuer für den Bauherrn die Durchführung des Bauvorhabens in technischer, wirtschaftlicher und finanzieller Beziehung übernimmt (vgl SZ 64/70), sind entbehrlich. Die Haftung des Klägers wegen Verletzung der vertraglich übernommenen Bauaufsichtspflicht ist dem Grunde und der Höhe nach unabhängig davon zu bejahen, ob das werkvertragliche Vertragselement oder dasjenige aus der Geschäftsbesorgung Anspruchsgrundlage ist. Entscheidend ist die schadenauslösende Verletzung einer Vertragspflicht. Das Berufungsgericht verneinte die Berechtigung der Gegenforderung der Beklagten, erachtete den Tilgungseinwand des Klägers für berechtigt und begründete dies damit, daß das Erstgericht keine Feststellungen

getroffen habe, ob die Schadenersatzansprüche gegenüber dem Schlosserunternehmen im Rahmen der Verrechnung bereits abgedeckt worden seien. Die Beklagte hätte die von ihr behauptete Überzahlung und die dadurch bewirkte Unmöglichkeit, Schadenersatz im Wege der Kompensation zu erlangen, nachzuweisen gehabt. Damit hat das Berufungsgericht aber die Beweislast falsch beurteilt. Die Beklagte hat den Eintritt eines von zwei Schädigern verursachten und verschuldeten Schadens nachgewiesen. Schädiger haften mangels einer Anteilsbestimmung nach Paragraph 1302, ABGB solidarisch. Daß die Beklagte vom zweiten Solidarschuldner schon Zahlung erlangt hätte, wäre vom Kläger zu beweisen gewesen. Dieser hat zum Beweis seiner Behauptung, die Beklagte habe den Schadenersatzanspruch mit dem Werklohn des Schlossereiunternehmens verrechnet (kompensiert), auf kein einziges Beweismittel gestützt (S 5 zu ON 42), offensichtlich weil auch er die Beweislastregeln verkannte. Das Fehlen eines Beweismittelanbots hätte allenfalls zu einer richterlichen Anleitung (Paragraph 182, ZPO) führen können oder müssen. Dies hat der Kläger aber in seiner Berufung nicht gerügt, sondern nur fehlende Feststellungen zum Thema der Kompensation geltend gemacht. Der Feststellungsmangel beruhte aber nicht auf einer falschen Rechtsansicht des Erstgerichtes, sondern auf einem Parteienfehler und einem allfälligen Gerichtsfehler durch Unterlassung einer Anleitung. Die Verletzung der Anleitungspflicht hätte der Kläger im Berufungsverfahren als Verfahrensmangel erster Instanz geltend machen müssen. Mangels Rüge war ein solcher Verfahrensmangel vom Berufungsgericht nicht wahrzunehmen. Die fehlenden Feststellungen zu einer schon stattgefundenen Kompensation gehen daher zu Lasten des beweispflichtigen Klägers. Jede Partei hat die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen (SZ 48/92 uva). Nur ausnahmsweise kann bei der Klärung von Tatfragen, die tief in die Sphäre der anderen Partei hineinführen, eine Verschiebung der Beweislast aus dem Grund der "Nähe zum Beweis" eintreten. Dies setzt aber immer voraus, daß derjenige, den die Beweislast nach den allgemeinen Regeln trifft, seiner Beweispflicht in dem ihm zumutbaren Ausmaß nachkommt (SZ 60/218; 4 Ob 1638/95 mwN). Im vorliegenden Fall hätte sich der Kläger zum Beweis seiner Behauptung, der zweite Schädiger habe im Wege der Kompensation bereits Ersatz geleistet, zumindest auf den Zeugenbeweis durch Vernehmung des schädigenden Unternehmers berufen können und auch berufen müssen. Es hätte auch der Streit verkündet werden können (Paragraph 21, ZPO). Die Voraussetzungen für eine Verschiebung der Beweislast liegen daher nicht vor. Damit ist die Sache aber spruchreif im Sinne der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Rechtsausführungen zum sogenannten Baubetreuungsvertrag, bei dem der Baubetreuer für den Bauherrn die Durchführung des Bauvorhabens in technischer, wirtschaftlicher und finanzieller Beziehung übernimmt (vergleiche SZ 64/70), sind entbehrlich. Die Haftung des Klägers wegen Verletzung der vertraglich übernommenen Bauaufsichtspflicht ist dem Grunde und der Höhe nach unabhängig davon zu bejahen, ob das werkvertragliche Vertragselement oder dasjenige aus der Geschäftsbesorgung Anspruchsgrundlage ist. Entscheidend ist die schadenauslösende Verletzung einer Vertragspflicht.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO. Entgegen dem Kostenverzeichnis besteht im Revisionsverfahren nur Anspruch auf den einfachen Einheitssatz. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten beruht auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO. Entgegen dem Kostenverzeichnis besteht im Revisionsverfahren nur Anspruch auf den einfachen Einheitssatz.

#### **Anmerkung**

E52709 06A01978

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

ECLI:AT:OGH0002:1999:0060OB00197.98H.0128.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990128\_OGH0002\_0060OB00197\_98H0000\_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)