

# TE OGH 1988/5/26 8Ob616/87

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr. Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch, Dr. Zehetner, Dr. Huber und Dr. Schwarz als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I\*\*\* Gesellschaft mbH, Wiener Straße 91, 2500 Baden, vertreten durch Dr. Gottfried Forsthuber, Rechtsanwalt in Baden, und deren Nebenintervenienten

1.) R\*\*\* B\*\*\*/L, reg. Genossenschaft mbH, Theodor

Körner-Platz 1, 2460 Bruck/L, vertreten durch Dr. Roland Itzlinger, Rechtsanwalt in Bruck/L, und 2.) Dr. Horst R\*\*\*, Rechtsanwalt, Eßlinggasse 17/2, 1010 Wien, als Masseverwalter im Konkurs der Dipl.Ing. Silvia E\*\*\*, Fassadenelemente, Mauthausstraße 2, 2453 Sommerrein, wider die beklagten Parteien 1.) Architekt und Stadtbaumeister Ing. Franz C\*\*\*, Bauunternehmung für Hoch-, Tief- und Stahlbetonbau Kommanditgesellschaft, und 2.) C\*\*\* Gesellschaft mbH, beide Jurekgasse 14, 1150 Wien, beide vertreten durch Dr. Winfried Mörtl, Rechtsanwalt in Linz, und deren Nebenintervenientin E\*\*\* Gesellschaft mbH, Andreas Hofer-Straße 4, 6020 Innsbruck, vertreten durch Dr. Heribert Schar und Dr. Andreas Oberhofer, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 1.133.168,- S s.A. (Revisionsinteresse 570.985,48 S s.A.) infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 9. April 1987, GZ. 3 R 11, 12/87-49, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 14. April 1986, GZ. 17 Cg 11/85-34, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 21.255,35 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 3.600,- S an Barauslagen und 1.605,03 S an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Gesellschaft führte auf Grund eines ihr von der erstbeklagten Partei im Juli 1982 erteilten Auftrages an dem im

1. Wiener Gemeindebezirk gelegenen Haus Gonzagagasse 1 Baumeisterarbeiten, darunter die Montage von Fassadenelementen durch. Die zweitbeklagte Partei ist persönlich haftende Gesellschafterin der erstbeklagten Partei.

Mit der am 20.August 1984 eingebrochenen Klage begehrte die klagende Partei - das am 4.9.1986 über ihr Vermögen zu S 30/86 des Kreisgerichtes Wiener Neustadt eröffnete Konkursverfahren wurde nach Abschluß eines Zwangsausgleiches mit Beschuß vom 3.2.1987 gemäß § 157 KO rechtskräftig aufgehoben - von den beklagten Parteien zur ungeteilten Hand die Zahlung des Betrages von 1.133.168 S s.A. Sie habe im Auftrag der erstbeklagten Partei Betonfertigteile angefertigt und montiert. Auf ihre Schlußrechnung über den angemessenen Betrag von 5.054.138,24 S

habe die erstbeklagte Partei nur 3.920.970,24 S bezahlt. Die Zahlung des unberichtigt aushaftenden restlichen, nun eingeklagten Betrages habe die erstbeklagte Partei wegen behaupteter Terminüberschreitungen und daraus resultierender Schadenersatzforderungen sowie behaupteter Qualitätsmängel zu Unrecht verweigert. Die Verzögerungen seien auf von der Klägerin nicht zu verantwortende Schlechtwettertage zurückzuführen. Weiters sei das Gerüst nur wegen der ständigen, aber unberechtigten, Reklamationen der erstbeklagten Gesellschaft stehen geblieben. Die behaupteten Mängel habe die erstbeklagte Partei nie näher bezeichnet. Darüber hinaus habe sie die gelieferten Fertigteile übernommen. Die nunmehr im Verfahren von den beklagten Parteien behaupteten Mängel lägen nicht vor. Unrichtig sei auch der von den beklagten Parteien erhobene Einwand, daß für sämtliche zu erbringende Leistungen ein Pauschalpreis vereinbart worden sei. Nachdem sich wegen des schlechten Mauerwerks die Notwendigkeit zusätzlicher Montagekosten ergeben habe, habe die Klägerin ein Nachtragsangebot über rund 500.000 S gelegt. Die Erstbeklagte habe dieses zunächst zwar abgelehnt, danach jedoch erklärt, die Mehrkosten dann zu bezahlen, wenn sie bzw. ihre Auftraggeberin, die E\*\*\* Gesellschaft mbH die Mehrkosten bei der MA 25 "durchbringen" werde. Einige Tage später habe die Erstbeklagte erklärt, daß dies gelungen sei, weshalb die Montagekosten an die Klägerin bezahlt würden. Unrichtig sei die Behauptung der beklagten Gesellschaften, es sei vereinbart worden, die Mehrkosten erst dann zu bezahlen, wenn diese der Bauherr bereits an die Erstbeklagte bezahlt habe. Schließlich sei es während des Verfahrens zu einem außergerichtlichen Vergleich zwischen den Streitteilen gekommen, wonach die beklagten Parteien der klagenden Partei 68 % der geltend gemachten Forderung, sohin 770.554,24 S bis Ende Oktober 1985 bezahlten und die beklagten Parteien berechtigt seien, unter der Voraussetzung dieser Globalregelung mit einer ihrer Muttergesellschaft zustehenden Forderung teilweise aufzurechnen. Die beklagten Gesellschaften beantragten die Abweisung des Klagebegehrens und wendeten ein:

Am 7.9.1982 hätten die Streitteile über die Herstellung von Fassadenelementen und deren Montage, die Gesimsmontage und die Herstellung und Montage der Fensterfaschen eine Pauschalvereinbarung geschlossen. Nach der gemeinsamen Baustellenbesichtigung vom 11.11.1982 hätten die Streitteile den äußerst schlechten Zustand des Mauerwerks festgestellt. Der schlechte Zustand habe erstmals nach dem Abschlagen des an sich erstklassigen Verputzes erkannt werden können; er sei bei einer normalen Prüfung von außen nicht erkennbar gewesen. Die klagende Partei habe am 16.11.1982 ein Angebot über zusätzliche Montagekosten im Betrag von 505.630 S erstellt, das die erstbeklagte Gesellschaft am 24.11.1982 unter Hinweis auf die Pauschalvereinbarung abgelehnt habe; fairerweise habe sie der klagenden Partei jedoch zugestanden, die begehrten Mehrkosten dann zu ersetzen, wenn sie diesen Aufwand vom Bauherrn ersetzt erhalten. Dies sei auf Grund der Zusage des Bauherrn geschehen, daß die Mehrleistungen bezahlt würden, wenn und soweit diese von den öffentlichen Förderungsstellen bewilligt würden. Die Mehrkosten seien schließlich bewilligt worden. Diese Mehrkosten in der Höhe von 595.753,68 S habe sie bisher gegenüber dem Bauherrn erfolglos geltend gemacht, sodaß auch die Fälligkeit dieser Forderung bestritten werde. In der Schlussrechnung schienen auch Positionen auf, denen kein Auftrag zugrunde gelegen sei oder für die die Klägerin keine Erhöhung fordern dürfe. Unter Berücksichtigung dieser Abstriche und der Teilzahlung von 3.920.970,24 S hafte auf die Rechnung ein Betrag von 365.780,96 S aus. Die klagende Partei habe jedoch die Bauzeitverlängerung von sechs Wochen zu vertreten. Auf Grund der bestehenden Vereinbarung habe sie an die erstbeklagte Partei ein Pönale von 1 % der Gesamtrechnungssumme pro Woche Bauzeitüberschreitung, sohin insgesamt den Betrag von 257.205,07 S zu bezahlen. Dieser Anspruch werde aufrechnungsweise gegen die eingeklagte Forderung eingewendet. Wegen bestehender Mängel habe der Bauherr der erstbeklagten Partei gegenüber einen Preisminderungsanspruch in der Höhe von 376.150 S eingewendet. Die klagende Partei hafte aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes für diese Mängel. Mit dem zwischen der Muttergesellschaft der erstbeklagten Partei und der klagenden Partei am 24.10.1985 geschlossenen Vertrag sei die Aufrechnung hinsichtlich einer der Muttergesellschaft der erstbeklagten Partei zustehenden Forderung von 157.737,62 S mit der eingeklagten Werklohnforderung vereinbart worden. Der von der Klägerin behauptete Vergleich liege nicht vor. Ein Vergleichsabschluß sei den Parteienvertretern im Prozeß vorbehalten worden. Ein gerichtlicher Vergleich sei jedoch nicht zustande gekommen.

Das Erstgericht erkannte mit seinem mit Beschuß vom 25.November 1986, ON 42 d.A., ergänzten Urteil (ON 34 d.A.) die eingeklagte Forderung mit 975.430,38 S als zu Recht bestehend, die im Verfahren aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung als mit 476.882,70 S als zu Recht bestehend und sprach der klagenden Partei den Betrag von 498.547,68 S samt 5 % stufenweisen Zinsen unter Abweisung des Klage mehrbegehrens zu. Es traf über den bereits wiedergegebenen Sachverhalt hinaus im wesentlichen folgende Feststellungen:

Anläßlich einer persönlichen Besprechung zwischen den Vertretern der Streitteile vom 7.9.1982 hielten diese fest, daß bei den letztlich vereinbarten Entgelten sämtliche Fassadenelemente, wie in den Architektenplänen gezeigt, fix und fertig montiert und geliefert werden, daß es sich also hiebei um einen Pauschalabschluß handle. Bis zur Abgabe der Anbote der klagenden Partei bezüglich der Montage der Fassadenelemente haben die Streitteile trotz des Umstandes, daß das Baugerüst bereits aufgestellt war, die Fassade nur nach ihrem äußeren Aussehen beurteilt. Da die Fassade optisch in einem sehr guten Zustand war, und der Putz selbst eine harte Konsistenz aufwies, hat niemand von den Streitteilen vermutet oder auch nur vermuten können, daß sich unter diesem Putz ein Mauerwerk von derart schlechtem Zustand befindet, daß man daraus mehr oder minder beliebig Ziegel herausklauben konnte. Es war daher die ursprünglich von der klagenden Partei vorgesehene Dübelverhängung der Fassadenelemente nicht mehr möglich, sondern mußte nach Konsultierung eines Fachunternehmens für Befestigungstechnik eine weitaus aufwendigere Befestigungsart der Fassadenelemente gewählt werden. Dies teilte die klagende Partei der erstbeklagten Partei anlässlich einer Baubesprechung vom 11.11.1981 auch mit; mit ihrem Nachtragsanbot vom 16.11.1982 gab sie die erhöhten Befestigungskosten mit dem Betrag von 505.630 S einschließlich Umsatzsteuer bekannt. Mit Schreiben vom 24.11.1982 lehnte die Erstbeklagte diese Kostenerhöhung unter Berufung auf den Pauschalabschluß ab, versprach aber Bemühungen, um bei ihrem Auftraggeber eine Kostenerhöhung zu bekommen. In weiterer Folge kam es zu Gesprächen, an denen sich sowohl die Streitteile als auch Vertreter der Bauherrschaft und des Befestigungsunternehmens, dessen sich die klagende Partei bedient hat, teilnahmen. Der Vertreter der Bauherrschaft, Dipl.Ing. R\*\*\*, sagte hiebei zu, die in Rede stehenden Mehrleistungen zu bezahlen, wenn und soweit diese Mehrleistungen von den öffentlichen Förderungsstellen bewilligt würden. Auf Grund dieser Zusagen versprach auch die beklagte Partei der klagenden Partei, die Mehrkosten zu ersetzen, wenn die MA 7 und die MA 25 diese Mehrkosten bewilligten. Hiebei war keine Rede davon, daß die Mehrkosten an die Klägerin nur ersetzt werden sollten, wenn die MA 7 tatsächlich die Mehrkosten bezahlt, es war vielmehr nur von der Bewilligung die Rede. Tatsächlich wurde in weiterer Folge ein mit 18.1.1983 datierter Nachtragskostenvoranschlag bezüglich der höheren als ursprünglich vorgesehenen Fassadenelementebefestigungskosten von der E\*\*\* GesmbH als Förderungswerberin bei der MA 7 eingereicht. Diese zur Förderung eingereichten Mehrkosten betrugen 504.876,-- S zuzüglich Umsatzsteuer. Dieser Nachtragskostenvoranschlag wurde vor der Beschußfassung des Altstadterhaltungsbeirates eingereicht, sodaß in der Folge über die nunmehrigen Kosten der Befestigung der Fassadenelemente gemeinsam mit den übrigen zur Förderung eingereichten Baumaßnahmen eine Beschußfassung erfolgte. Die nunmehr eingereichten Gesamtkosten der Befestigung der Fassadenelemente von 1.034.881,-- S wurde zur Gänze als förderungswürdig anerkannt. Obwohl einschließlich dieser Kosten insgesamt Sanierungskosten für das Haus Gonzagagasse 1 im Betrage von 6.116.100 S als förderungswürdig anerkannt wurden, wurde von der MA 7 lediglich ein Pauschalbetrag von 3 Mill.S als Förderungsbeitrag bewilligt, ohne daß dieser Betrag einzelnen als förderungswürdig anerkannten Bauleistungen zugeordnet wurde. Dieser Förderungsbeitrag von 3 Mill.S wurde zur Gänze der E\*\*\* GesmbH, also der Auftraggeberin der erstbeklagten Partei, überwiesen, und zwar der letzte Teilbetrag am 26.2.1985. Die tatsächlich von der klagenden Partei bzw. ihrem Subauftragnehmer durchgeföhrte Befestigung der Fassadenelemente wurde in Übereinstimmung mit der MA 7 gemäß dem Inhalt des Nachtragskostenvoranschlages durchgeführt. Obwohl nach den Absprachen zwischen den Streitteilen deren Parteiwillen dahin ging, daß die klagende Partei die zusätzlichen Befestigungskosten ersetzt erhalten sollte, insoweit die MA 7 diese Mehrkosten bewilligt, hat die erstbeklagte Partei bisher nicht einmal jenen Teil der zusätzlichen Befestigungskosten an die klagende Partei bezahlt, der dem Verhältnis der insgesamt als förderungswürdig anerkannten Kosten von 6.116.100 S zu dem tatsächlich gewährten Förderungsbeitrag entspricht. In ihrer Schlußrechnung vom 29.12.1983 hat die klagende Partei diese zusätzlichen Befestigungskosten mit einem geringeren Betrag als von der MA 7 anerkannt, nämlich mit 468.750 S zusätzlich Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. Außerdem wurde in dieser Schlußrechnung, in der die ersten 8 Positionen jene sind, die vom Pauschalauftrag umfaßt waren (Außerstreichstellung vom 8.4.1986), noch die gemäß der Parteienvereinbarung separat zu verrechnenden Transportkosten im anerkannten Betrag von 56.700 S excl. USt. und die Kosten für die zusätzlich in Auftrag gegebenen Formänderungen im Betrag von 28.760 S, 9.000 S und 27.820 S (richtig: 7.820,-- S vgl. AS 145 in Verbindung mit Beil./9) sowie einer hieraus errechneten 10 %igen Manipulationsgebühr jeweils ohne Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. Während die Kosten von 9.000 S und 7.820 S der Parteienvereinbarung entsprachen, kam es bezüglich der Formänderung 4 a zu keiner Preisvereinbarung. Die angemessenen Kosten dieses Zusatzauftrages machen jedoch nur 15.000 S aus, wodurch sich auch der Betrag der 10 %igen Manipulationsgebühr ändert. Unter Berücksichtigung der in Beilage/9 dargestellten Teilzahlungen der erstbeklagten Partei kommt diese Schlußrechnung zu einem von der

erstbeklagten Partei noch geschuldeten Betrag in der Höhe des Klagebegehrens. Die klagende Partei bzw. die von ihr herangezogenen Subunternehmer haben die ihnen übertragenen Arbeiten zum Teil mangelhaft ausgeführt; insbesondere sind Unregelmäßigkeiten bei den Fertigteilfassadenelementen bzw. bei den Fugen und Anschlußmängel vorhanden. Diese im wesentlichen nicht verbesserungsfähigen Mängel bedingen einen Minderwert im Verhältnis zu einer einwandfreien Ausführung im Betrage von 225.690 S, während die zu 50 % der Klägerin zuzuordnenden Kosten der notwendigen Behebung der mangelhaft ausgeführten Pilaster- und Putzanschlüsse

25.500 S, jeweils incl. Umsatzsteuer, ausmachen. Soweit auf Grund der Eintragungen in das Bautagebuch noch feststellbar, beträgt die von der Klägerin zu vertretende Bauzeitüberschreitung unter Berücksichtigung der Schlechtwettertage insgesamt 3 Wochen, was unter Berücksichtigung der Pönalevereinbarungen zwischen den Streitteilen einen von der Klägerin zu ersetzen Betrag von 191.265 S ohne USt. ausmacht. Mit Schreiben vom 16.1.1986 (Beilage ./4) erklärte mit Zustimmung der erstbeklagten Partei deren Muttergesellschaft der klagenden Partei gegenüber unter Berufung auf Vereinbarungen vom 24.10.1985 die außergerichtliche Aufrechnung einer Rechnung vom 11.12.1985 über 157.737,62 S mit der Klageforderung aus der Rechnung Beilage ./9. Diese Erklärung wiederholte der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vom 21.1.1986 (AS 109). Unabhängig von dieser außergerichtlichen Aufrechnungserklärung der Muttergesellschaft der erstbeklagten Partei vereinbarten der Zeuge K\*\*\* namens der Erstbeklagten und der Geschäftsführer der klagenden Partei im September 1985 eine Beendigung des vorliegenden Prozesses gegen Zahlung von 68 % der Klagsforderung durch die erstbeklagte Partei. Da weder K\*\*\* noch der Geschäftsführer der Klägerin sich imstande sahen, die Beendigung dieses schon längere Zeit dauernden Prozesses zu regeln, behielten sie die Modalitäten der Durchführung des zwischen ihnen ausgehandelten Vergleichs den Prozeßvertretern vor. Beide Teile behielten aber weder irgendeinen inhaltlich bezeichneten Punkt der Regelung durch die Anwälte vor, noch hatten sie überhaupt eine Vorstellung, was noch einer allfälligen Regelung durch die Anwälte bedurfte. Vereinbarungsgemäß erteilten beide Streitteile ihren Anwälten den Auftrag, auf der Basis der gefundenen Einigung den Prozeß zu beenden. Hierauf entwickelte sich zwischen den damaligen Prozeßvertretern die Korrespondenz Beilagen ./5 bis ./8, sodaß sich die beklagte Partei schließlich auf den Standpunkt stellte, daß ein wirksamer Vergleich nicht zustandegekommen sei.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, daß durch die von den beklagten Parteien durch ihre Prozeßerklärungen in der mündlichen Streitverhandlung vom 21.1.1986 genehmigte außerprozessuale Aufrechnungserklärung zunächst vom Bestand der Klageforderung auszugehen sei. Es müsse daher die Frage, ob die Schlußrechnung der klagenden Partei in Ansehung der zusätzlichen Kosten der Befestigung der Fassadenelemente den Vereinbarungen entspreche, nicht geprüft werden. Da die Forderung von 157.737,62 S, mit der aufgerechnet worden sei, von der klagenden Partei nicht bestritten worden sei, sei durch die außerprozessuale Aufrechnung die eingeklagte Forderung in diesem Umfang getilgt worden, und zwar mit dem Tag der Aufrechnungserklärung. Außerdem stehe den beklagten Parteien auch die prozessuale Aufrechnung im Wege der Geltendmachung der von den beklagten Parteien eingewendeten und in dem aus dem Spruch ersichtlichen Ausmaß berechtigten Gegenforderungen zu. Das die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigende Zinsenmehrbegehren sei in Ermanglung eines entsprechenden Nachweises nicht berechtigt.

Das Gericht zweiter Instanz gab der von den beklagten Parteien in Ansehung des Ausspruches, daß die eingeklagte Forderung mit einem Teilbetrag von 570.985,48 S zu Recht bestehe, sowie im Kostenpunkt erhobenen Berufung Folge und änderte das Urteil des Erstgerichtes in der Hauptsache derart ab, daß es die in der Höhe von 1.133.168 S geltend gemachte Klageforderung nur mit dem Betrag von 404.444,90 S als zu Recht bestehend und die von den beklagten Parteien eingewendeten Gegenforderungen in der Höhe von insgesamt 633.355,07 S bis zur Höhe der als zu Recht bestehend erkannten Klageforderung als zu Recht bestehend erkannte und daher das auf Bezahlung von 1.133.168 S s.A. gerichtete Klagebegehr zur Gänze abwies.

Das Berufungsgericht hatte Bedenken gegen die von den beklagten Parteien bekämpfte Feststellung des Erstgerichtes, auf Grund der Zusage des Vertreters der Bauherrschaft Ing. Gerd R\*\*\* habe sich die "beklagte Partei" (gemeint wohl die erstbeklagte Partei, vertreten durch den Zeugen Ing. Norbert C\*\*\*) der Klägerin gegenüber verpflichtet, die Mehrkosten für die Montage der Fassadenteile zu ersetzen, wenn die MA 7 und 25 diese bewilligten, und wiederholte daher die zu dieser Frage in erster Instanz abgeführten Beweise durch Verlesung der darüber aufgenommenen Protokolle. Auf Grund dieses Beweisverfahrens stellte das Berufungsgericht anstelle der gerügten Feststellung folgenden Sachverhalt fest:

Ing. Norbert C\*\*\* gab namens der Erstbeklagten dem Angestellten der klagenden Partei, Ing. Hans S\*\*\*, bei der Baubesprechung vom 15.12.1983 die Erklärung ab, daß die erstbeklagte Partei der klagenden Partei die Mehrkosten für die Montage der Fassadenelemente, die wegen des schlechten Zustandes des Mauerwerkes erforderlich wurden, dann bezahlt, wenn sie ihrerseits diese vom Bauherrn ersetzt erhält. Zu einer Änderung des schriftlich vereinbarten Pauschalwerklohnes für die Montagearbeiten kam es dabei nicht.

Im übrigen erachtete das Berufungsgericht die von den beklagten Parteien erhobenen Verfahrensrügen als nicht berechtigt und die geltend gemachten Aktenwidrigkeiten als nicht gegeben, weshalb es die weiteren von der Beweiswiederholung nicht betroffenen und zur rechtlichen Beurteilung der Rechtssache als ausreichend erachteten Feststellungen des Erstgerichtes übernahm. Die vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen des Erstgerichtes und den vom Berufungsgericht anstelle der nicht übernommenen erstgerichtlichen Feststellungen festgestellte Sachverhalt beurteilte das Berufungsgericht rechtlich wie folgt:

Der zwischen der Muttergesellschaft der erstbeklagten Partei und der klagenden Partei geschlossene Aufrechnungsvertrag, mit dem eine Forderung der genannten Muttergesellschaft aus einem anderen Rechtsgeschäft in der Höhe von 157.737,62 S mit einem Teil der verfahrensgegenständlichen Werklohnforderung der klagenden Partei aufgerechnet wurde, habe entgegen der vom Erstgericht und in der Berufungsbeantwortung vertretenen Auffassung nicht die Wirkung, daß damit eine Anerkennung der gesamten geltend gemachten Werklohnforderung verbunden wäre. Die These, daß die außerprozessuale Aufrechnung die Anerkennung der Hauptforderung voraussetze (SZ 3/33, JBl. 1978, 262), treffe nur im Zweifel zu. Die Anerkennung sei darüber hinaus in der Regel nur deklarativ (Rummel in Rummel, ABGB, Rz 12 zu § 1438 ABGB), weshalb der Beweis der Unrichtigkeit angetreten werden könnte. Schließlich könnte die Aufrechnung mit einer kleineren Gegenforderung nur Rückschlüsse auf die Anerkennung des dadurch getilgten Teiles der Hauptforderung bieten. Im vorliegenden Fall hätten aber ein Dritter im Einvernehmen mit den beklagten Parteien und die klagende Partei einen Aufrechnungsvertrag geschlossen, dessen Wirksamkeit nicht durch das Vorliegen der in den §§ 1438 ff genannten Voraussetzungen bedingt sei. Durch einen solchen Vertrag könnten einander gegenüberstehende Forderungen auch dann aufgehoben werden, wenn ihr Bestand gar nicht sicher sei (Reiterer, Aufrechnung 17). Der Bestand der eingeklagten Forderung sei daher einer Prüfung zu unterziehen.

Den unbekämpften Feststellungen zufolge hätten die Streitteile unter anderem für die Montage der Fassadenteile einen Pauschalwerklohn vereinbart. Verspreche der Unternehmer die Herstellung des Werkes zu einem bestimmten Gesamtpreis (Pauschale), so müsse er es ohne Rücksicht auf notwendige weitere Auslagen ausführen. Er trage also die Gefahr des Mehraufwandes, habe aber auch den Vorteil, wenn der Aufwand hinter dem Preis zurückbleibe (Koziol-Welser I7, 351). Es könnten auch bloß für bestimmte Teilarbeiten Pauschalierungen vorgenommen werden (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1170 a). Auf Grund des mit der erstbeklagten Partei geschlossenen Werkvertrages stehe der klagenden Partei somit kein Anspruch auf die Erhöhung des Werklohnes aus dem Titel unvorhergesehener höherer Befestigungskosten der Fassadenelemente zu. Die Streitteile hätten durch die nachfolgenden Gespäche diese Vertragsslage auch nicht verändert. Die erstbeklagte Partei habe der klagenden Partei lediglich zugesagt, daß sie ihr die erhöhten Montagekosten ersetzen werde, wenn sie ihrerseits diese Kosten von ihrem Auftraggeber bezahlt erhalte. Dabei habe es sich also lediglich um einen Durchlaufposten handeln sollen. Davon, daß die Auftraggeberin der erstbeklagten Partei für diese Kosten keine Zahlungen an die erstbeklagte Partei geleistet habe, gingen die Streitteile einvernehmlich aus. Die für den Eintritt der Zahlungspflicht der erstbeklagten Partei gegenüber der klagenden Partei erklärte Bedingung sei somit nicht eingetreten. Von der vom Erstgericht als zu Recht bestehend erkannten Klageforderung seien daher diese Montagekosten in der Höhe von 468.750 S zuzüglich 18 % Umsatzsteuer abzuziehen. Die mit der Rechnung der Klägerin vom 29.12.1983 (Beilage ./9) verrechneten weiteren Leistungen für Formänderungen (Form 4A) seien nach den weiteren Feststellungen nur in der Höhe von 15.000 S angemessen, sodaß sich die daraus berechnete 10 %ige Manipulationsgebühr im Verhältnis reduziere. Daraus ergäbe sich ein weiterer Abzug in der Höhe von 15.436 S zuzüglich 18 % Umsatzsteuer. Insgesamt (einschließlich der Umsatzsteuer) bestehe daher von der eingeklagten Forderung ein weiterer Betrag von 570.985,48 S nicht zu Recht. Da der Ausspruch über den Bestand der im Prozeß eingewendeten Gegenforderungen ebensowenig Gegenstand des Berufungsverfahrens sei wie die Abweisung des durch die außerprozessuale Aufrechnung getilgten Teiles der Werklohnforderung, sei der Berufung Folge zu geben und das angefochtene Urteil in dem aus dem Spruch ersichtlichen Sinn abzuändern gewesen.

Gegen dieses Urteil des Gerichtes zweiter Instanz richtet sich die auf die Anfechtungsgründe des § 503 Abs.1 Z 2 und 4 ZPO gestützte Revision der klagenden Partei. Die klagende Partei bekämpft dieses Urteil insoweit, als die

Klageforderung nicht mit einem weiteren Betrag von 570.985,48 S als zu Recht bestehend erkannt wurde, und stellt den Antrag, das Urteil des Berufungsgerichtes im Sinne der Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung abzuändern; hilfsweise wird im Rahmen der Anfechtung ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagten Parteien beantragen in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Hinblick auf den Wert des Streitgegenstandes, über den das Berufungsgericht entschieden hat, zulässig, aber nicht berechtigt.

In ihrer Revision vertritt die klagende Partei die Ansicht, die Rechtsmeinung des Erstgerichtes, die außerhalb des Prozesses vorgenommene Aufrechnung habe zur Folge, daß vom Bestand der Klageforderung auszugehen sei, stehe im Einklang mit der herrschenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Abgrenzung zwischen der außergerichtlichen Aufrechnung und der prozessualen Aufrechnungseinrede. Nach der von der Revisionswerberin angeführten, in SZ 50/35 (= EvBl. 1978/66 = JBl. 1978, 262 =

MietSlg. XXIX/15 = HS 10.932) veröffentlichten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes<sup>1</sup> Ob 538/77 vom 2.3.1977 wird die außergerichtliche Aufrechnung unbedingt und ohne Rücksicht auf den Bestand der Hauptforderung erklärt, setzt also die Anerkennung der Hauptforderung voraus und stellt ihr nur die Behauptung entgegen, daß sie wegen Schuldtilgung nicht mehr bestehe. Dies lehrt auch Fasching (Kommentar III 574 und Lehrbuch Rz 1287) unter Hinweis auf Melichar (JBl. 1946, 49 und Nowak, JBl. 1951, 504). Wurde außergerichtlich aufgerechnet, dann wird im Prozeß vom Beklagten der Nichtbestand der Klageforderung wegen bereits erfolgter Schuldtilgung behauptet (JBl. 1953, 239; 6 Ob 557/85; Fasching, aaO 574). In seiner Entscheidung EvBl. 1979/171 sprach der Oberste Gerichtshof aus, daß bei Behauptung der außergerichtlichen Aufrechnung infolge der damit verbundenen Anerkennung der Hauptforderung ohne weitere Prüfung vom Bestand der Klageforderung auszugehen ist. Nach Rummel trifft die These, die Aufrechnung setze Anerkennung der Hauptforderung voraus, nur im Zweifel zu (ABGB, Rz 12 zu § 1438). Diese Ansicht wurde vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich abgelehnt (7 Ob 624/84). Diesem Meinungsstreit kommt im vorliegenden Verfahren aber keine rechtserhebliche Bedeutung zu. Durch die hier außergerichtlich vorgenommene Aufrechnung wurde nämlich nur ein Teil der Klageforderung, und zwar im Betrag von 157.737,62 S getilgt und insoweit ist die Abweisung des Klagebegehrens bereits in Rechtskraft erwachsen. Bei der außergerichtlichen Aufrechnungserklärung handelt es sich nach heutiger Auffassung um die Ausübung eines Gestaltungsrechtes (7 Ob 624/84), deren Bedeutung wie die jeder anderen Willenserklärung ausgehend von ihrem Wortlaut nach dem Erklärungsempfänger erkennbaren Absicht des Erklärenden zu beurteilen ist (7 Ob 735/86). Die Aufrechnung führt die Tilgung der beiderseitigen Forderungen herbei (Gschnitzer in Klang<sup>2</sup> VI 495), und zwar so weit sie sich decken (Koziol-Welser I 8 264). Führt die Aufrechnung mit einer Forderung des Aufrechnenden - so wie im vorliegenden Fall - nicht zur gänzlichen Tilgung der Forderung des Aufrechnungsgegners, so erstrecken sich die Rechtswirkungen der Aufrechnung nicht auf den von der Aufrechnung nicht erfaßten Teil der Forderung des Aufrechnungsgegners. Dies hat zur Folge, daß in einem solchen Fall der Bestand der Forderung des Aufrechnungsgegners dahin zu prüfen ist, ob diese Forderung jene des Aufrechnungsgegners übersteigt. Die von der außergerichtlichen Aufrechnung nicht erfaßte Forderung der klagenden Partei in der Höhe von 975.430,38 S bedurfte daher - entgegen der Ansicht des Erstgerichtes - im Rahmen deren im Prozeß erfolgten Bestreitung einer Prüfung. Die Revisionswerberin kann sich daher durch die vom Gericht zweiter Instanz vorgenommene Überprüfung ihrer im Berufungsverfahren strittig gebliebenen Forderung nicht beschwert erachten.

Die klagende Partei wendet sich in ihrer Revision weiters gegen die Annahme der Vereinbarung eines Pauschalwerklohnes für die Montage der Fassadenteile durch das Berufungsgericht. Obwohl diese Annahme im Widerspruch zu ihrer Auftragsbestätigung vom 15.7.1982 stehe, habe das Berufungsgericht das Beweisverfahren diesbezüglich nicht wiederholt. Aus der genannten Auftragsbestätigung gehe eindeutig hervor, daß die klagende Partei sich für den Fall einer Änderung der Ausführungsart oder Ausführungsgröße der Fassadenfertigteile gegenüber dem Anbot die Stellung eines Nachtragsanbotes vorbehalten habe. Im Rahmen der vom Berufungsgericht für erforderlich erachteten Prüfung der Hauptforderung hätte das Berufungsgericht auch den Inhalt dieser Urkunde berücksichtigen und diesbezüglich das Beweisverfahren wiederholen müssen.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Das Erstgericht hat nämlich unbekämpft festgestellt, daß die Vertreter der Streitteile anlässlich einer persönlichen Besprechung vom 7.9.1982 festhielten, daß bei den letztlich

vereinbarten Entgelten sämtliche Fassadenelemente, wie in den Architektenplänen gezeigt, fix und fertig montiert und geliefert werden, daß es sich also hiebei um einen Pauschalabschluß handle (Ersturteil S.4). Von einer Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und damit der Unzulässigkeit der von der Revisionswerberin gerügten Annahme des Berufungsgerichtes kann somit keine Rede sein.

Schließlich erblickt die Revisionswerberin einen weiteren Verfahrensmangel darin, daß das Berufungsgericht - ohne dies in der mündlichen Berufungsverhandlung mit den Parteien zu erörtern - den beklagten Parteien mehr als im Berufungsantrag begeht zugesprochen habe. Die beklagten Parteien hätten "Aufhebungs-, in eventu Abänderungsantrag" dahingehend gestellt, daß die Klageforderung nur mit 562.182,52 S als zu Recht bestehend anerkannt werde, während das Berufungsgericht die Klageforderung mit lediglich 404.444,90 S als zu Recht bestehend erkannt habe. Vom Berufungsbegehren und der Rechtsauffassung der beklagten Parteien sowie des Berufungsgerichtes ausgehend, würde sich daher ein Forderungsüberhang zu ihren Gunsten ergeben. Auch damit wird kein dem Berufungsgericht unterlaufener Verfahrensmangel aufgezeigt. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß es sich bei dem im Eventualantrag der Berufung genannten Betrag von 562.182,52 S um die der klagenden Partei nach Ansicht der Berufungswerber zustehende Klageforderung handelt und dabei die von der außergerichtlich vorgenommenen Aufrechnung bewirkte Tilgung der Klageforderung noch nicht berücksichtigt wurde. Wird aber von dem Betrag von 562.182,52 S die Forderung von 157.737,62 S, mit der aufgerechnet wurde, in Abzug gebracht, so ergibt sich eine Forderung der klagenden Partei von 404.444,90 S. Eine außerhalb des Rechtsstreites erklärte Aufrechnung bildet eine Vorfrage für die Entscheidung des Klagebegehrens und hat im Spruch der Entscheidung nicht zum Ausdruck zu kommen (SZ 50/35, EvBl. 1979/171 ua). Gelingt den Beklagten der Beweis, daß und inwieweit die Klageforderung getilgt ist, so wird das Klagebegehren (ganz oder teilweise) abgewiesen; für eine Entscheidung über die (durch privatrechtliche Aufrechnung konsumierte) Gegenforderung bleibt daher kein Raum (1 Ob 621/77). Das Berufungsgericht hat daher mit Recht die Klageforderung bloß mit 404.444,90 S als zu Recht bestehend erkannt.

Der Revision konnte somit kein Erfolg beschieden sein. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E14474

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0080OB00616.87.0526.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880526\_OGH0002\_0080OB00616\_8700000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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