



BUNDESKAMMER DER GEWERBLICHEN WIRTSCHAFT

Bundeswirtschaftskammer

Bundeswirtschaftskammer A-1045 Wien Postfach 195

Oberlandesgericht Innsbruck
Abteilung 2

Maximilianstraße 4
6020 Innsbruck

Ihre Zahl/Nachricht vom
2R 378/89

Unsere Zahl/Sachbearbeiter
RGp 462/88/Kö/BB
DDr. Königshofer

Bitte Durchwahl beachten
Tel 501 06/ 4296
Fax 502 06/ 250

Datum
23. 7. 1990

Betreff

Aufrechnungsbeschränkung nach § 32 AÖSp,
Feststellung eines Handelsbrauches,
Anfrage des Oberlandesgerichtes Innsbruck

In der Rechtssache der klagenden Partei Panalpina GesmbH wider die beklagte Partei Werner Ginther, Kaufmann, beehrt sich die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft im Sinne der §§ 5 lit e, 16 Z 5, 19 Abs 1 und 27 Abs 1 HKG mitzuteilen, daß ihr kammerinternes Feststellungsverfahren über das Bestehen eines Handelsbrauches im Sinne von § 346 HGB folgendes Ergebnis brachte:

Wir haben einer größeren Anzahl von Speditionsunternehmen einerseits und Gastronomieunternehmen andererseits nachstehende Fragen mit der Bitte um Beantwortung nach eigener Kenntnis (ohne weitere Rückfragen und Erkundigungen) und der Zusicherung, daß die Namen der Auskunft erteilenden Betriebe nicht genannt werden, zusammen mit einer kurzen Sachverhaltsdarstellung durch die zuständige Fachorganisation schriftlich vorlegen lassen:

1. Sind Sie als Spediteur tätig?
2. Übernehmen Sie als Spediteur Transportaufträge von Gastwirten?
3. Sind Sie als Gastwirt tätig?

- 2 -

4. Erteilen Sie als Gastwirt Transportaufträge an Spediteure?
5. Besteht nach Ihrer Kenntnis und nach Ihren Erfahrungen in Ihrer Branche ein Handelsbrauch (=ohne Vereinbarung regelmäßig geübtes Verhalten), wonach bei Erteilung eines Transportauftrages an einen Spediteur durch einen Gastwirt die Allgemeinen Österreichischen Spediteurbedingungen (AÖSp) zur Anwendung kommen?"

Aufgrund dieser Befragung liegen uns insgesamt nur 49 Einzeläußerungen vor, in denen entweder die erste und zweite oder die dritte und vierte der oben genannten Fragen bejaht wurden. Von diesen 49 Äußerungen fallen 31 auf die Gruppe der Spediteure, die alle die erste Frage bejahten, und 18 auf die Gruppe der Gastwirte, die alle die dritte Frage bejahten.

Die geringe Zahl von 49 Äußerungen ist offenbar auf den Umstand zurückzuführen, daß Gastwirte nur sehr selten Transportaufträge an Spediteure erteilen.

7 der 31 Spediteure gaben zur zweiten Frage an, daß sie nur selten bzw gelegentlich Transportaufträge von Gastwirten übernehmen. 4 der 18 Gastwirte gaben zur vierten Frage an, daß sie nur selten bzw gelegentlich Transportaufträge an Spediteure erteilten.

Die entscheidende fünfte Frage wurde von insgesamt 28 Befragten bejaht. Hievon entfallen 25 auf die Gruppe der Spediteure und 3 auf die Gruppe der Gastwirte. 13 befragte Gastwirte verneinten die fünfte Frage. 8 Befragte (6 Spediteure und 2 Gastwirte) beantworteten die fünfte Frage nicht oder so, daß eine eindeutige Zuordnung zu den positiven oder negativen Äußerungen nicht möglich ist.

In einigen Äußerungen zur fünften Frage wurden - zum Teil ergänzend zu einer Bejahung - Anmerkungen gemacht, die im folgenden kurz wiedergegeben werden:

1 Spediteur, der die fünfte Frage bejahte, ergänzte, daß dies seiner Meinung nur dann gelte, wenn der Auftraggeber (Gastwirt) im Zuge eines schriftlich oder fernschriftlichen Offertes in der üblichen Form auf die AÖSp hingewiesen worden sei. Solches könne auch im Zuge eines Besuches des Gastwirtes beim Spediteur in der Form geschehen, daß der Kunde (Gastwirt) die in den Büros, Gängen oder Foyers aufgehängten Tafeln, die einen Hinweis auf die AÖSp enthalten, sehen und damit zur Kenntnis nehmen könne. Lediglich der mündliche Hinweis auf die AÖSp im Zuge eines Telefonates "werde schwer zu beweisen sein".

1 weiterer Spediteur, der die fünfte Frage bejahte, gab sinngemäß an, daß auf dem Geschäftspapier fast aller großen österreichischen Speditionen ein Standardaufdruck zu lesen sei, der auf die AÖSp hinweise. Bei Abgabe von schriftlichen Offerten sei daher diese Information integrierender Bestandteil des Angebotes. Auch bei fast allen schriftlichen Telex- oder Fax-Angeboten sei ein Zusatz angebracht, daß auf Grundlage der AÖSp gearbeitet werde.

1 weiterer Spediteur, der die fünfte Frage bejahte, wies darauf hin, daß in seinen Briefen und Antworten bekanntgegeben werde, daß die AÖSp "Grundlage seien".

1 anderer Spediteur, der die fünfte Frage bejahte, ergänzte, daß die Geltung der AÖSp im gegenständlichen Fall sich seiner Meinung nach § 2 a AÖSp und nach der "firmenrechtlichen Konstruktion des Gastgewerbebetriebes (Vollkaufmann - Minderkaufmann)" richte. Ein weitergehender Handelsbrauch bei Aufträgen zwischen Spediteuren und Gastwirten sei ihm nicht bekannt.

1 weiterer Spediteur, dessen Äußerung zur fünften Frage zu den positiven Stellungnahmen gezählt wurde, gab an, daß bei Erteilung eines Transportauftrages durch einen Gastwirt an einen Spediteur

die AÖSp dann zur Anwendung kämen, wenn dieser Transportauftrag in offensichtlichem Zusammenhang mit dem Gastgewerbe stünde. Als Beispiel hiefür gab er Lieferungen von Lebensmitteln oder Getränken an den Gastwirt zur späteren Verabreichung in dessen Gasthaus an.

Nach Meinung der Bundeskammer können die ersten beiden dieser eben beschriebenen Äußerungen dahingehend verstanden werden, daß die AÖSp regelmäßig vereinbart werden, daß sie also nicht kraft Handelsbrauchs, sondern aufgrund einer Vereinbarung gelten. Folgt man diesem Verständnis, dürften diese zwei Äußerungen nicht als bejahende Stellungnahmen zur fünften Frage gezählt werden.

1 Spediteur dessen Äußerung weder den positiven noch den negativen Stellungnahmen zugeordnet werden kann, führte aus, daß der Spediteur sich sicherlich nicht auf die AÖSp berufen könne, wenn es sich um einen einmaligen Auftrag handle und keine vorherige Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Kontrahenten bestanden habe. Bestehen hingegen mehrmalige Geschäftsbeziehungen, wurde Korrespondenz gewechselt und wurde das Offert des Spediteurs an den Gastwirt schriftlich abgegeben, müsse geprüft werden, ob auf dem Briefpapier des Spediteurs oder seinen Rechnungen für bereits erbrachte Transporte der Vermerk angebracht war, wonach ausschließlich aufgrund der AÖSp gearbeitet werde.

3 Gastwirte, die die fünfte Frage verneinten, gaben ausdrücklich an, die AÖSp nicht zu kennen bzw von deren Existenz nichts zu wissen.

Dieser Umstand erscheint zusammen mit der oben auf Seite 2 erwähnten Tatsache, daß Gastwirte offenbar selten Transportaufträge an Spediteure erteilen, nicht unerheblich im Hinblick auf den vom OGH in EvBl 1970/229 aufgestellten bzw wiederholten Grundsatz, wonach die AÖSp dann als stillschweigend vereinbarter Vertragsinhalt anzusehen sind, wenn der Auftraggeber des Spediteurs vom Be-

- 5 -

stehen der AÖSp Kenntnis hatte oder nach der Art seines Handelsgewerbes haben mußte.

Aufgrund des beschriebenen zahlenmäßigen Ergebnisses lassen sich folgende Bejahungsquoten für die fünfte Frage errechnen, wobei von der oben angeführten Anzahl an positiven Äußerungen - nämlich 28, ohne Korrekturen - ausgegangen wird:

Der Anteil der positiven Äußerungen zur fünften Frage beläuft sich insgesamt auf ca 57 % (28 von 49). In der Gruppe der Spediteure beträgt er 80,6 % (25 von 31) und in der Gruppe der Gastwirte 16,7 % (3 von 18).

Die Bundeskammer nimmt das Bestehen eines Handelsbrauches in aller Regel erst dann an, wenn sich mindestens zwei Drittel der Befragten in allen berührten Mitgliederkreisen positiv hiezu äußern.

Im gegenständlichen Fall übersteigt der Anteil der positiven Äußerungen nur in der Gruppe der Spediteure die Zwei-Drittel-Marke. Im Gesamtergebnis und in der Gruppe der Gastwirte erreicht er diese Marke nicht.

Aufgrund dieses Ergebnisses kann ein Handelsbrauch, wonach bei Erteilung eines Transportauftrages an einen Spediteur durch einen Gastwirt die Allgemeinen Österreichischen Spediteurbedingungen (AÖSp) zur Anwendung kommen, nicht festgestellt werden.

BUNDESKAMMER DER GEWERBLICHEN WIRTSCHAFT

Für den Generalsekretär:


