

# TE OGH 2006/11/23 8ObA69/06i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Walter Zeiler und Dr. Vera Moczarski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Charlotte S\*\*\*\*\*, vertreten durch Freimüller Noll Obereder Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei Manfred L\*\*\*\*\*, vertreten durch Widter Mayrhauser Wolf Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen 6.905,39 EUR brutto abzüglich 546,56 EUR netto, über die außerordentliche Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. Mai 2006, GZ 9 Ra 138/05t-19, womit über Berufung der Klägerin das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 3. Mai 2005, GZ 4 Cga 278/04m-15, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie einschließlich der unbekämpft gebliebenen Teile zu lauten haben wie folgt:

„Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin 223,03 EUR brutto zuzüglich 1.377,81 EUR netto samt 9,47 % Zinsen seit 24. 8. 2004 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Die Klägerin ist schuldig, dem Beklagten die mit 748,05 EUR bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten 123,87 EUR USt; 4,8 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 69,90 EUR bestimmte anteilige Pauschalgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Klägerin ist schuldig, dem Beklagten die mit 1.263,16 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten 131,03 EUR USt; 477 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen. Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 21,20 EUR bestimmte anteilige Pauschalgebühr des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Das Dienstverhältnis der Klägerin als Außenhandelsangestellte des Beklagten begann am 3. 5. 2004. Die Klägerin verdiente 1.500 EUR brutto monatlich 14 x jährlich.

In dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Handelsangestelltendienstvertrag wurde ausdrücklich vereinbart, dass der Klägerin für den Außendienst ohne Anspruch auf eine bestimmte Marke ein Handy zur Verfügung gestellt wird. Es ist festgehalten, dass die Privatnutzung des Telefons nicht gestattet ist.

Punkt 21 (Konventionalstrafe) des Dienstvertrages lautet wörtlich:

„Für den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Lösung des Dienstverhältnisses durch die Angestellte bzw für den Fall einer von der Angestellten verschuldeten gerechtfertigten Entlassung wird eine Konventionalstrafe in der Höhe des Entgeltbeitrages vereinbart, den der Arbeitgeber bei ordnungsgemäßer Kündigung des Dienstverhältnisses dem Angestellten hätte bezahlen müssen, mindestens jedoch ein Monatsentgelt.“

Schon beim Aufnahmegespräch teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass das Diensthandy nur für dienstliche Telefonate zur Verfügung steht. Die Klägerin meinte beim Einstellungsgespräch, dass das kein Problem darstelle, weil sie ohnedies ein eigenes Handy habe. Vom Beginn des Dienstverhältnisses an führte die Klägerin Privatgespräche mit dem Firmenhandy. Als der Beklagte die Mai-Rechnung 2004 über das Firmenhandy der Klägerin erhielt, verwarnete er die Klägerin deshalb. Die Klägerin führte dennoch auch im Juni 2004 Privatgespräche mit ihrem Firmenhandy. Nach Erhalt der Telefonrechnung über den Monat Juni 2004 stellte der Beklagte die Klägerin neuerlich zur Rede und verwarnete sie, wobei er sagte, dass das so nicht ginge, für den Fall, dass sie neuerlich Privattelefonate führe, werde sie entlassen.

Das Entlassungsschreiben des Beklagten stammt vom 14. 8. 2004 und lautet:

„Aufgrund der Abrechnung von T-Mobile für den Zeitraum 1. 7. bis 31. 7. 2004 muss ich feststellen, dass im Gegensatz zum vereinbarten Handelsangestelltendienstvertrag für Provisionsvertreter, der von Dir unterzeichnet wurde, wieder privat Telefongespräche und Kurzmitteilungen (SMS) im Ausmaß von 58,30 EUR geführt wurden. Weiters musste ich feststellen, dass ... am 22. 7. 2004, wo keine Kundenbesuche erfolgten und vereinbart war, Kundentermine zu vereinbaren, lediglich 9 Kunden - Gesprächsdauer laut Einzelgesprächsnachweis ca 16 Minuten - angerufen wurden. Diese Arbeitszeit entspricht, auch nicht annähernd, der normalen täglichen Arbeitszeit. Alle restlichen Telefonate an diesem Tag (ca 8 Minuten) waren Privatgespräche.... Aus diesem Grund erlaube ich mir mit sofortiger Wirkung das Dienstverhältnis zu kündigen....". Der Beklagte verglich nach Erhalt der Einzelgesprächsnachweise für den Zeitraum 1. bis 31. 7. 2004 zunächst die darin angeführten Telefonnummern mit Kunden bzw durchsuchte sie nach SMS. Der Beklagte wertete nur jene Telefonate als Privattelefonate, die nach 18.00 Uhr geführt wurden bzw die mit der Telefonnummer der SMS übereinstimmten. Eine Überprüfung dahin, ob auch tagsüber private Telefonate geführt wurden, nahm der Beklagte nicht vor. Der Beklagte konnte aufgrund der Kundenlisten feststellen, ob es sich bei den von der Klägerin geführten Telefonaten um private Telefonate oder Kundengespräche handelte.

Allein im Zeitraum 1. bis 31. 7. 2004 versendete die Klägerin insgesamt 131 SMS vom Firmenhandy, wofür 10,91 EUR in Rechnung gestellt wurden.

Das Entlassungsschreiben erhielt die Klägerin am 17. 8. 2004. Die Klägerin konsumierte während des Dienstverhältnisses 7 Tage Urlaub.

Die von der Beklagten erstellte Endabrechnung berücksichtigt sämtliche der Klägerin bis inklusive 14. 8. 2004 zustehenden Beträge. Von dem sich daraus zugunsten der Klägerin ergebenden Nettobetrag von 1.924,37 EUR zog der Beklagte 1.506,11 EUR netto ab und zahlte der Klägerin demgemäß nur 418,26 EUR netto aus der Endabrechnung aus. Dieser Abzug von 1.506,11 EUR netto betrifft die von der Klägerin im Juli 2004 geführten Privattelefonate (58,30 EUR netto), die vom Beklagten geltend gemachte Konventionalstrafe (1.309,81 EUR) und den Ersatz eines Autogurtes (138 EUR netto).

Die Klägerin begehrt zuletzt 6.905,39 EUR brutto abzüglich 546,56 EUR netto samt 9,47 % Zinsen seit 24. 8. 2004. Die Entlassung sei ungerechtfertigt erfolgt. Mit dem Beklagten sei vereinbart gewesen, dass die Klägerin das Firmenhandy für Privatzwecke nutzen dürfe, die Kosten der privaten Nutzung sollten mit ihrem Gehalt gegenverrechnet werden. Die Entlassung sei verfristet, weil sie erst am 14. 8. 2004 ausgesprochen worden sei und die Privatnutzung des Firmenhandys bereits im Zeitraum Juni bis Juli 2004 erfolgt sei. Die vom Beklagten von der Endabrechnung in Abzug gebrachte Konventionalstrafe beruhe auf einer sittenwidrigen Vereinbarung. Für die Beschädigung des Sicherheitsgurtes in ihrem Firmenwagen sei die Klägerin nicht verantwortlich.

Der Klägerin stehe daher an Gehalt bis inklusive 14. 8. 2004 ein Betrag von 1.118,27 EUR brutto zu. Dazu komme die

Kündigungsentschädigung (3.017,13 EUR brutto); die Weihnachtsremuneration zur Kündigungsentschädigung (250,74 EUR brutto); die Weihnachtsremuneration laut Abrechnung aliquot für 104 Kalendertage (547,23 EUR brutto); der aliquote Urlaubszuschuss in Höhe von 1.252,32 EUR brutto und schließlich die Urlaubersatzleistung inklusive Sonderzahlungen (657,70 EUR brutto). Von dem sich daraus ergebenden Bruttobetrag von 6.905,39 EUR sei der der Klägerin ausbezahlte Betrag von 418,26 EUR netto, der zugestandene Betrag von 70 EUR netto für den beschädigten Autogurt und der Betrag von 58,30 EUR netto für Telefonkosten Juli 2004 in Abzug zu bringen.

Der Beklagte wendet ein, er habe die Klägerin berechtigt entlassen. Trotz gegenteiliger Vereinbarung im Dienstvertrag habe die Klägerin trotz einer ausdrücklichen Verwarnung wiederholt das vom Beklagten zur Verfügung gestellte Firmenhandy für Privatzwecke (Privattelefonate; Versenden von SMS) benützt. Aufgrund der berechtigten Entlassung der Klägerin stehe dem Beklagten eine Konventionalstrafe in Höhe eines Monatsentgeltes, somit der Betrag von 1.309,81 EUR netto, zu. Der Hund der Klägerin habe den Gurt des vom Beklagten zur Verfügung gestellten Fahrzeuges beschädigt. Der darauf entfallende Abzug von 138 EUR netto aus der Endabrechnung sei daher gerechtfertigt. Die Entlassung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die Klägerin ihrer Arbeitspflicht nicht nachgekommen sei. Das Erstgericht verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 223,03 EUR brutto zuzüglich 854,67 EUR netto samt Zinsen und wies das „Mehrbegehren auf Zahlung von 6.905,39 EUR brutto abzüglich 546,56 EUR" netto ab.

Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte das Erstgericht noch fest:

„ Der Beklagte erhielt die Telefonrechnung über den Einzelgesprächsnachweis des Diensthandys der Klägerin um den 8. 8. 2004 herum. Dabei handelt es sich um die Telefonrechnung vom 6. 8. 2004 (Beilage ./F). Diese Telefonrechnung erhielt der Beklagte am Donnerstag oder Freitag. Er sprach dann unverzüglich schriftlich die Entlassung aus."

Das Erstgericht erachtete zusammengefasst, dass die Klägerin durch das wiederholte Zuwiderhandeln gegen das Verbot, das Firmenhandy privat zu nutzen, den Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit verwirklicht habe.

Der Klägerin stünde daher nur ein Gehalt zuzüglich Provision und Sonderzahlungen für 15. 8. bis 17. 8. 2004 in Höhe von 223,03 EU brutto zu. Dazu komme ein Nettobetrag von 854,67 EUR , der daraus resultiere, dass der Klägerin für den beschädigten Sicherheitsgurt zu Unrecht ein Betrag von 68 EUR netto abgezogen worden sei. Die Parteien hätten außer Streit gestellt, dass die Klägerin für den beschädigten Sicherheitsgurt 70 EUR netto zu zahlen habe. Auch die Konventionalstrafe in Höhe von 1.309,81 EUR netto sei von dem Beklagten zu Unrecht einbehalten worden. An Telefonkosten habe die Klägerin (für Privattelefonate bzw SMS) 58,30 EUR netto zu bezahlen. Der Zuspruch eines Betrages von 223,03 EUR brutto zuzüglich 854,67 EUR netto erwuchs in Rechtskraft.

Gegen die Abweisung des (vom Erstgericht unrichtig bezifferten) Mehrbegehrens erhob die Klägerin Berufung.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 6.905,39 EUR brutto abzüglich 546,56 EUR netto samt Nebengebühren. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Als Entlassungsgrund sei nur mehr die Privatnutzung des Firmenhandys zu prüfen. Die festgestellte Missachtung der vertraglichen Verpflichtung, das Firmenhandy nicht privat zu nutzen, könne deshalb nicht als Entlassungsgrund herangezogen werden, weil die Äußerung des Beklagten vom 19. 7. 2004, dass die Klägerin bei neuerlichem Verstoß gegen das Verbot der Führung von Privattelefonaten entlassen würde, nur so verstanden werden könne, dass der Beklagte die Privatnutzung des Handys bis einschließlich 19. 7. 2004 nicht zum Anlass für eine Entlassung nehmen werde. Dieser Verzicht beschränke sich nicht auf die festgestellten Telefonate im Juni, sondern erfasse auch die bis 19. 7. 2004 - wenngleich in Unkenntnis des Beklagten - geführten weiteren Telefonate. Das Erstgericht habe zwar keine Feststellung darüber getroffen, ob und in welchem Ausmaß die Klägerin nach diesem Tag das ihr vom Dienstgeber zur Verfügung gestellte Mobiltelefon noch zu Privatzwecken verwendet habe. Darin liege deshalb kein Feststellungsmangel begründet, weil der Beklagte gar nicht vorgebracht habe, dass die Klägerin das Handy nach dem 19. 7. 2004 noch für private Zwecke benutzt habe. Auch die Verfahrensergebnisse würden im Übrigen keinen Anlass zu einer weiteren Erörterung der aufgeworfenen Frage geben: Der vom Beklagten vorgelegte Einzelgesprächsnachweis betreffend die im Juli 2004 geführten Telefonate belege tatsächlich eine vertragswidrige Nutzung des Diensttelefons nur bis zum 19. 7. 2004. Selbst wenn jedoch die Klägerin das Firmentelefon auch nach der zweiten Verwarnung am 19. 7. 2004 noch für private Zwecke benutzt hätte, sei Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht anzunehmen.

Es bedürfe daher auch keines Eingehens darauf, ob die Entlassung unverzüglich erfolgt sei. Die diesbezüglichen

Feststellungen des Erstgerichtes seien widersprüchlich: Der 8. 8. 2004 sei ein Sonntag gewesen. Mit Rücksicht auf das Rechnungsdatum der Telefonrechnung (6. 8. 2004) komme als Zugangsdatum nur ein Tag nach dem 8. 8. 2004 in Betracht. Der darauffolgende Donnerstag oder Freitag - diese beiden Tage habe das Erstgericht als mögliche Wochentage des Zuganges festgestellt - könne aber nicht mehr als ein Tag „um den 8. 8. herum“ betrachtet werden. Wäre diese Frage relevant, müsste das Ersturteil als ergänzungsbedürftig aufgehoben werden.

Die dagegen vom Beklagten erhobene außerordentliche Revision ist zulässig: Die Beurteilung des Berufungsgerichtes, der Beklagte habe auf sein Entlassungsrecht verzichtet, ist korrekturbedürftig. Die Revision ist teilweise berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Bereits bei Abschluss des Dienstvertrages wurde die Frage der Privatnutzung des der Klägerin zur Verfügung gestellten Telefons thematisiert: Nicht nur im schriftlichen Dienstvertrag findet sich ein ausdrückliches Verbot der Nutzung des Firmentelefons für private Zwecke. Auch mündlich wurde zwischen den Streitteilen besprochen, dass der Klägerin nicht gestattet ist, das Firmentelefon für private Zwecke zu benützen. Die Klägerin sagte anlässlich dieses Gesprächs, das stelle für sie kein Problem dar, weil sie ohnedies über ein Privattelefon verfüge.

Entgegen dieser im schriftlichen Dienstvertrag festgelegten und mündlich ausdrücklich besprochenen Vereinbarung führte die Klägerin bereits im ersten Monat ihres Dienstverhältnisses Privatgespräche. Deswegen wurde sie vom Beklagten - nachdem er die Mai-Rechnung erhalten hatte - im Juni verwarnet. Diese Verwarnung des Beklagten beachtete die Klägerin nicht: Sie telefonierte vielmehr nach den Feststellungen auch im Juni privat mit dem Firmentelefon. Wegen der Juni-Rechnung - die der Beklagte im Juli erhalten hatte - stellte er die Klägerin am 19. 7. 2004 zur Rede, verwarnete sie und kündigte an, dass sie bei einem neuerlichen Verstoß gegen das im Dienstvertrag normierte Verbot der Privatnutzung des Firmenhandys entlassen werde.

Davon ausgehend kann zunächst die Beurteilung des Berufungsgerichtes nicht geteilt werden, dass der Beklagte durch seine am 19. 7. 2004 getätigten Äußerungen auf ein Entlassungsrecht verzichtete, soweit es um Telefonate bis 19. 7. 2004 ging: Dem Beklagten waren - wie in der Revision zutreffend hervorgehoben - bei dem Gespräch am 19. 7. 2004 nur die von der Klägerin im Juni 2004 geführten Telefonate bekannt. Eine Rechnung für das Firmentelefon für den Monat Juli 2004 hatte er noch nicht erhalten. Die Auffassung des Berufungsgerichtes führt im Ergebnis dazu, dass ein Verzicht auf einen Entlassungsgrund angenommen wird, den der angeblich Verzichtende noch gar nicht kennen konnte.

Das für den Entlassungstatbestand des § 27 Z 4 AngG zweiter Fall erforderliche Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit liegt nach den hier festgestellten Umständen des Einzelfalls vor: Darunter ist die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des auf die Verweigerung der Befolgung der Anordnung gerichteten Willens zu verstehen. Die Verweigerung muss sich entweder wiederholt ereignen oder von derart schwerwiegender Art sein, dass auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Angestellten mit Grund geschlossen werden kann (vgl. zu Privattelefonaten des Dienstnehmers Arb 10.118; siehe auch RIS-Justiz RS0029291). Es handelt sich auch nicht um Privatgespräche im geringen Umfang, die der Arbeitgeber tolerieren müsste: Das ist nicht nur durch die auf Privattelefonate entfallende Gesprächsgebühr etwa für den Monat Juli 2004 belegt, sondern auch die durch große Anzahl von privat versendeten Kurzmitteilungen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von der Entscheidung 9 ObA 192/98w schon durch die Intensität der Privatnutzung des Firmentelefons. Unter diesen Umständen reicht auch eine einmalige Verwarnung zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der „Beharrlichkeit“: Hier war ausdrücklich im Dienstvertrag ein Verbot der Privatnutzung des Firmenhandys vereinbart und die schriftliche Vereinbarung mündlich besprochen worden. Diesem Verbot handelte die Klägerin von allem Anfang an zuwider. Bereits die erste Verwarnung des Beklagten zeigte der Klägerin deutlich, dass der Beklagte auf der Einhaltung des ausdrücklich festgelegten Verbotes bestehen werde. Dennoch führte sie auch nach der ersten Verwarnung Telefongespräche, die nicht unbeträchtliche Kosten verursachten und versendete allein im Juli 2004 103 private Kurzmitteilungen. Damit dokumentierte die Klägerin, dass sie niemals gewillt war, das vertragliche Verbot zu befolgen. Das für den Entlassungstatbestand des Paragraph 27, Ziffer 4, AngG zweiter Fall erforderliche Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit liegt nach den hier festgestellten Umständen des Einzelfalls vor: Darunter ist die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des auf die Verweigerung der Befolgung der Anordnung gerichteten Willens zu verstehen. Die Verweigerung muss sich entweder wiederholt ereignen oder von derart schwerwiegender Art sein, dass auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung des Angestellten mit Grund geschlossen werden kann vergleiche zu Privattelefonaten des Dienstnehmers Arb 10.118; siehe auch RIS-

Justiz RS0029291). Es handelt sich auch nicht um Privatgespräche im geringen Umfang, die der Arbeitgeber tolerieren müsste: Das ist nicht nur durch die auf Privattelefonate entfallende Gesprächsgebühr etwa für den Monat Juli 2004 belegt, sondern auch die durch große Anzahl von privat versendeten Kurzmitteilungen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von der Entscheidung 9 ObA 192/98w schon durch die Intensität der Privatnutzung des Firmentelefons. Unter diesen Umständen reicht auch eine einmalige Verwarnung zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der „Beharrlichkeit“: Hier war ausdrücklich im Dienstvertrag ein Verbot der Privatnutzung des Firmenhandys vereinbart und die schriftliche Vereinbarung mündlich besprochen worden. Diesem Verbot handelte die Klägerin von allem Anfang an zuwider. Bereits die erste Verwarnung des Beklagten zeigte der Klägerin deutlich, dass der Beklagte auf der Einhaltung des ausdrücklich festgelegten Verbotes bestehen werde. Dennoch führte sie auch nach der ersten Verwarnung Telefongespräche, die nicht unbeträchtliche Kosten verursachten und versendete allein im Juli 2004 103 private Kurzmitteilungen. Damit dokumentierte die Klägerin, dass sie niemals gewillt war, das vertragliche Verbot zu befolgen.

Der Entlassungsgrund des § 27 Z 4 AngG zweiter Fall ist somit hier verwirklicht, ohne dass es darauf ankäme - was vom Berufungsgericht nicht abschließend geprüft wurde - ob die Klägerin nach der zweiten Verwarnung am 19. 7. 2004 das Firmentelefon weiter für private Zwecke (Telefonate und/oder SMS) verwendete. Der Entlassungsgrund des Paragraph 27, Ziffer 4, AngG zweiter Fall ist somit hier verwirklicht, ohne dass es darauf ankäme - was vom Berufungsgericht nicht abschließend geprüft wurde - ob die Klägerin nach der zweiten Verwarnung am 19. 7. 2004 das Firmentelefon weiter für private Zwecke (Telefonate und/oder SMS) verwendete.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes reichen die erstgerichtlichen Feststellungen auch zur Beurteilung, dass der Beklagte dem arbeitsrechtlichen Unverzüglichkeitsgrundsatz bei Ausspruch der Entlassung entsprochen hat: Der Beklagte erhielt die mit 6. 8. 2004 datierte Rechnung für Juli 2004 nach den Feststellungen des Erstgerichtes „um den 8. 8. 2004“. Der 8. 8. 2004 war - was notorisch ist - ein Sonntag. Ausgehend vom unstrittigen Rechnungsdatum 6. 8. 2004 konnte somit die Rechnung dem Beklagten frühestens am Montag, dem 9. 8. 2004 zugegangen sein. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ist auch ausgehend von einer Zustellung der Rechnung bereits am 9. 8. 2004 die Rechtzeitigkeit der Entlassung deshalb zu bejahen, weil der Beklagte zunächst - durch Nummernvergleich - Recherchen anstellen musste, um überhaupt überprüfen zu können, welche der von der Klägerin geführten Telefongespräche privater Natur waren. Unter diesen Umständen ist die spätestens 5 Tage nach Erhalt der Rechnung ausgesprochene Entlassung am 14. 8. 2004 nicht verspätet. Eine Aufklärung der tatsächlich widersprüchlichen Feststellungen des Erstgerichtes über den Zeitpunkt des Erhaltes der Rechnung („um den 8. 8.“....."an einem Donnerstag oder Freitag") ist somit entbehrlich.

In ihrer Berufung hat die Klägerin einen dem Erstgericht bei Errechnung des gebührenden Nettobetrages (wegen ungerechtfertigten Abzuges von der Endabrechnung) unterlaufenen Rechenfehler bemängelt, der in der Berufungsbeantwortung des Beklagten ausdrücklich zugestanden wurde.

Rechnerisch ergibt sich somit, dass der Klägerin neben dem bereits durch das Erstgericht rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 223,03 EUR brutto insgesamt ein Nettobetrag von 1.796,07 EUR netto zusteht (Endabrechnung 1.924,37 EUR netto abzüglich Telefonkosten Juli 2004 58,30 EUR netto; abzüglich dem außer Streit gestellten Betrag für den Autogurt von 70 EUR netto) . Davon ist der der Klägerin tatsächlich ausbezahlte Betrag von 418,26 EUR netto in Abzug zu bringen. Das Erstgericht hat die Berechtigung des Abzuges der Konventionalstrafe von dem der Klägerin aus der Endabrechnung zustehenden Betrag verneint. Eine Bekämpfung des darauf beruhenden Zuspruches des Nettobetrages des Erstgerichtes an die Klägerin erfolgte durch den Beklagten im Berufungsverfahren nicht. Wenngleich dieser vom Erstgericht errechnete Nettobetrag mit einem Rechenfehler zum Nachteil der Klägerin behaftet war, ist doch mangels Bekämpfung des erstinstanzlichen Urteils durch den Beklagten davon auszugehen, dass der Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr in Zweifel zog, dass der Abzug für die Konventionalstrafe zu Unrecht erfolgte. Die dazu vom Beklagten in seiner Berufungsbeantwortung erstatteten Ausführungen ersetzen die eigenständige Bekämpfung des erstinstanzlichen Urteils durch den Beklagten nicht. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 43, 50 ZPO: In erster Instanz obsiegte der Beklagte mit ca 70 % und erhält daher 40 % seiner Kosten. Die Verhandlungstagsatzung am 29. 3. 2005 dauerte nur zwei halbe Stunden. Rechnerisch ergibt sich somit, dass der Klägerin neben dem bereits durch das Erstgericht rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 223,03 EUR brutto insgesamt ein Nettobetrag von 1.796,07 EUR netto zusteht (Endabrechnung 1.924,37 EUR netto abzüglich Telefonkosten Juli 2004 58,30 EUR netto; abzüglich dem außer Streit gestellten Betrag für den Autogurt von 70 EUR

netto) . Davon ist der der Klägerin tatsächlich ausbezahlte Betrag von 418,26 EUR netto in Abzug zu bringen. Das Erstgericht hat die Berechtigung des Abzuges der Konventionalstrafe von dem der Klägerin aus der Endabrechnung zustehenden Betrag verneint. Eine Bekämpfung des darauf beruhenden Zuspruches des Nettobetrages des Erstgerichtes an die Klägerin erfolgte durch den Beklagten im Berufungsverfahren nicht. Wenngleich dieser vom Erstgericht errechnete Nettobetrag mit einem Rechenfehler zum Nachteil der Klägerin behaftet war, ist doch mangels Bekämpfung des erstinstanzlichen Urteils durch den Beklagten davon auszugehen, dass der Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr in Zweifel zog, dass der Abzug für die Konventionalstrafe zu Unrecht erfolgte. Die dazu vom Beklagten in seiner Berufsungsbeantwortung erstatteten Ausführungen ersetzen die eigenständige Bekämpfung des erstinstanzlichen Urteils durch den Beklagten nicht. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41,, 43, 50 ZPO: In erster Instanz obsiegte der Beklagte mit ca 70 % und erhält daher 40 % seiner Kosten. Die Verhandlungstagsatzung am 29. 3. 2005 dauerte nur zwei halbe Stunden.

Im Berufsungs- und Revisionsverfahren obsiegte der Beklagte - unter Berücksichtigung des rechtskräftigen Zuspruches durch das Erstgericht - mit etwa 90 % und erhält daher 80 % seiner Kosten auf Basis des noch strittigen Betrages. Ferner waren beiden Parteien nach ihrer Obsiegsquote die anteiligen Pauschalgebühren zuzusprechen.

#### **Anmerkung**

E82629 8ObA69.06i

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ARD 5753/5/07 = wbl 2007,240/103 - wbl 2007/103 = ecolex 2007/130 S 278 - ecolex 2007,278 = infas 2007,67 A28 - infas 2007 A28 = DRdA 2007,239 = RdW 2007/435 S 425 - RdW 2007,425 = ZAS-Judikatur 2007/109 = DRdA 2008,162/14 (Mayr) - DRdA 2008/14 (Mayr) XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:008OBA00069.06i.1123.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

23.07.2008

**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)