jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 1999/1/12 5Ob337/98i

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.01.1999

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann, Dr. Spenling und Dr. Hradil als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei L***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Michael Lackner, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagten Parteien 1.) Peter P*****, 2.) Dr. Peter S*****, und

3.) Ing. Gerd S*****, alle p. Adr. ARGE P*****, alle vertreten durch Dr. Alexander Burkowski, Rechtsanwalt in Linz, wegen S 255.499,-- s. A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 2. September 1998, GZ 1 R 156/98m-62, womit das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 12. April 1998, GZ 6 Cg 258/95h-55, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

**Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien binnen 14 Tagen die mit S 12.195,-- (darin enthalten S 2.032,50 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

**Text**

Begründung:

Die Klägerin macht (als Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Auftragnehmer) gegen die Beklagten eine restliche Werklohnforderung für die im übrigen bezahlte Lieferung und Montage von Beleuchtungskörpern in den Jahren 1989/1990 geltend und begründet dies im wesentlichen damit, daß der Einbehalt eines Pönales in der Höhe des Klagsbetrages durch die Beklagte nicht gerechtfertigt gewesen sei. Die Beklagten haben dies ua mit dem Einwand bestritten, die Klägerin habe dem Abzug des Pönales von der Schlußzahlung anläßlich eines Telefonats am 21. 5. 1990 (dem Grunde und der Höhe nach) zugestimmt.

Beide Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab, das Erstgericht, weil die bereits im Werkvertrag festgelegten Bedingungen für die Einbehaltung des höchstmöglichen Pönales erfüllt gewesen seien, das Berufungsgericht mit der alle übrigen Streitpunkte irrelevant machenden Begründung, daß die von den Beklagten behauptete Vereinbarung rechtswirksam zustandegekommen sei. Die hiefür maßgeblichen Feststellungen lauten wie folgt:

Eine Abnahme der Leistungen der klagenden Partei fand zwischen den Streitteilen am 5. 9. 1990 statt. Dabei wurden weder fehlende Teile noch mangelhafte Leistungen im Abnahmeprotokoll festgehalten.

Über den Auftrag vom 9. 8. 1989 legte die klagende Partei am 21. 5. 1990 eine Schlußrechnung über S 3,558.624,--, enthaltend auch nicht im Leistungsverzeichnis enthaltene zusätzliche Leistungen. Über den Auftrag vom 26. 9. 1989 wurde gleichfalls am 21. 5. 1990 über eine Gesamtsumme von S 1,818.216,-- Rechnung gelegt.

In diesem Zusammenhang führte Ing. V*****, Geschäftsführer der klagenden Partei, ein Gespräch mit dem Drittbeklagten Ing. Gerd S***** und ersuchte ihn, die Rechnungsbeträge möglichst schnell auszuzahlen, weil die klagende Partei dringend Geld benötige. Der Drittbeklagte gab am Telefon zu bedenken, daß er üblicherweise drei Monate Zeit habe um Schlußrechnungen zu prüfen. Weiters verfüge er noch über kein Abnahmeprotokoll. Dennoch sagte der Drittbeklagte zu, die Rechnungsbeträge nach den vereinbarten Zahlungsbedingungen zur Auszahlung zu bringen. Er müsse jedoch die Vertragsstrafe in Abzug bringen, weil die Arbeiten noch nicht fertig seien. Weiters wurde darüber gesprochen, daß der Drittbeklagte das Pönale von der Gesamtauftragssumme der beiden Aufträge vom 9. 8. und 26. 9. 1989 berechnet und der sich daraus ergebende Betrag der Einfachheit halber lediglich von einer der beiden Schlußrechnungen in Abzug gebracht werde. Ing. V***** nahm diese Vorgangsweise zur Kenntnis und bemerkte noch, daß das Pönale von der Zulieferfirma der klagenden Partei, der Firma K*****, zu übernehmen sei, weil diese verspätet geliefert habe.

Sein ausdrückliches Einverständnis dazu, daß die Beklagten endgültig berechtigt seien, den Pönalebetrag abzuziehen bzw daß die klagende Partei auf eine Nachforderung dieses Betrages verzichten würde, gab Ing. V***** jedoch nicht ab.

Das Pönale wurde von der Schlußrechnung Nr. 105390 in Abzug gebracht und letztlich auf diese Rechnung ein Betrag von S 579.790,60 bezahlt. Auf dem Überweisungsschein wurde auf das Begleitschreiben vom 28. 5. 1990 hingewiesen. Mit diesem Schreiben schlüsselten die Beklagten den Überweisungsbetrag, ausgehend von der Gesamtrechnungssumme unter Abzug von Skonto, Haftrücklaß, Anzahlung, Teilrechnung und Pönale (S 255.499,-- = 5 % von S 5,107.998,--) auf.

Die Berechnung des Pönales erfolgt seitens der Beklagten von den beiden Rechnungssummen zu den Aufträgen vom 9. 8. und 26. 9. 1989 abzüglich Skonto von 5 %. In der Folge kam es dann zu Gesprächen zwischen dem Geschäftsführer der klagenden Partei und dem Drittbeklagten, weil man bei der klagenden Partei der Ansicht war, daß das Pönale zu Unrecht abgezogen worden sei. Eine schriftliche Beanstandung seitens der klagenden Partei erfolgte erst rund ein Jahr nach Rechnungslegung, weil sich die klagende Partei weitere Aufträge von den Beklagten erhofft hatte.

In rechtlicher Hinsicht führte dazu das Berufungsgericht folgendes aus:

Gemäß § 346 HGB sei unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Äußerungen seien so zu verstehen, wie sie der Empfänger der Erklärung nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs verstehen mußte. Es komme daher auf den objektiven Erklärungswert und nicht auf den Erklärungswillen des Erklärenden an. Mit anderen Worten, die Bedeutung einer Willenserklärung richte sich danach, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden mußte (Dittrich/Tades, ABGB34 E 1 bis 3 zu § 863 ABGB).Gemäß Paragraph 346, HGB sei unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Äußerungen seien so zu verstehen, wie sie der Empfänger der Erklärung nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs verstehen mußte. Es komme daher auf den objektiven Erklärungswert und nicht auf den Erklärungswillen des Erklärenden an. Mit anderen Worten, die Bedeutung einer Willenserklärung richte sich danach, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden mußte (Dittrich/Tades, ABGB34 E 1 bis 3 zu Paragraph 863, ABGB).

Wende man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, dann führe das zum Ergebnis, daß zwischen dem 21. 5. 1990 und 28. 5. 1990 die Streitteile eine Vereinbarung dahin getroffen hätten, daß zum einen die Beklagten rasch bzw unverzüglich den Rechnungsbetrag bezahlen, zum anderen der Abzug des Pönales im Ausmaß von S 255.499,-- zufolge der noch nicht fertiggestellten Arbeiten keinen Streitpunkt mehr bilden sollte. Im Gegenzug hätten die Beklagten wiederum auf die Ausschöpfung der Überprüfungsfrist der Schlußrechnung verzichtet bzw Zahlung vor Erstellung eines Abnahmeprotokolls zugesagt. Ausverhandelt worden sei aber auch, daß die Berechnung des Pönales unter Ausklammerung des Skontobetrages erfolgen soll. Im Zuge dieser Ausverhandlung der letztlich seitens der Beklagten

zu erbringenden Leistung habe Ing. V***** auch davon gesprochen, daß das Pönale ohnehin von ihrer Zulieferfirma, der Firma K***** zu übernehmen sei. Gleiches finde sich auch im Vorbringen der hier klagenden Partei im Verfahren zu 9 Cg 246/90 des Landesgerichtes Salzburg. Dort habe sie am 24. 9. 1990 ausdrücklich darauf verwiesen, daß die Bauleitung (Beklagten) anläßlich der Schlußrechnungslegung der klagenden Partei eine zulässige, jedoch enorm hohe Vertragsstrafe von S 255.499,-- angelastet habe, da die Fertigstellung der Arbeiten der klagenden Partei erst mit erheblicher Verzögerung habe erfolgen können (AS 19 zu 9 Cg 246/90 des Landesgerichtes Salzburg).

Ob die klagende Partei tatsächlich nach dem 28. 5. 1990 bzw nach dem Erhalt des Schreibens vom 28. 5. 1990 neuerlich bei den Beklagten wegen des Pönaleabzugs vorsprach und ob eine diesbezügliche schriftliche Beanstandung erst rund ein Jahr nach Rechnungslegung erfolgte, sei nach all dem nicht mehr rechtserheblich.

Vergegenwärtige man sich zum einen die Finanznot der klagenden Partei, zum anderen die zugestandenen Verzögerungen bei der Fertigstellung des in Auftrag gegebenen Werkes, dann erhelle daraus unbedenklich, daß die klagende Partei im Gegenzug für die rasche Zahlung auch mit dem Abzug eines Pönales einverstanden gewesen sei. Einen Vorbehalt der späteren Rückforderung habe die klagende Partei jedenfalls nicht gemacht. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob ein ausdrückliches Einverständnis seitens der klagenden Partei gegenüber der beklagten Partei erklärt wurde, wonach die beklagte Partei endgültig berechtigt sei, das Pönale abzuziehen, bzw daß die klagende Partei auf eine Nachforderung dieses Betrages verzichten würde. Die klagende Partei sei jedenfalls zwischen dem 21. 5. 1990 und 28. 5. 1990 mit einem vorbehaltlosen Abzug eines Pönales in Höhe des Klagsbetrages einverstanden gewesen. In diesem Sinne könne daher auch nur das Schreiben der Beklagten vom 28. 5. 1990, und zwar als Bestätigungsschreiben der zuvor wiedergegebenen mündlichen Vereinbarung, die zwischen der klagenden Partei und den Beklagten nach Erhalt der Rechnungen vom 21. 5. 1990, aber noch vor dem 28. 5. 1990 getroffen worden sei, angesehen werden. Kaufmännische Bestätigungsschreiben seien im Geschäftsverkehr übliche Mitteilungen über den Inhalt bereits mündlich geschlossener Verträge. Solche Schreiben wollten aktenkundig machen, was bereits rechtswirksam vereinbart wurde (Krejci, Grundriß des Handelsrechts, 233). Der Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 28. 5. 1990 decke nun rechnerisch aufgelistet die zwischen den Streitteilen zwischen dem 21. 5. 1990 und 28. 5. 1990 getroffene mündliche Vereinbarung ab, sodaß dieses Schreiben vom 28. 5. 1990 in Replik auf die Schlußrechnungen der klagenden Partei als deklaratives Bestätigungsschreiben des mündlich ausverhandelten Zahlungsbetrages anzusehen sei.

Andererseits wäre es nur schwer mit den Erfahrungen des täglichen Geschäftslebens gerade im Hinblick auf die zuvor geschilderte konkrete Situation in Einklang zu bringen, daß ein doch relativ großzügiges Entgegenkommen des einen Vertragspartners ohne jegliche Gegenleistung zustandekommen hätte sollen. Dafür spreche nicht nur die Zustimmung zum Abzug des vereinbarten Pönales, sondern auch die "mitgelieferte" Begründung für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Abzugs unter Hinweis auf die Überwälzung an den Zulieferer der klagenden Partei, die Firma K*****. Daß dies, ausgleichsbedingt zwar nicht mehr betraglich nachvollziehbar, aber doch zumindest in einem eingeschränkten Umfang tatsächlich vollzogen wurde, gestehe die klagende Partei selbst zu. Ein allfälliger anderer Erklärungswille der klagenden Partei gegenüber den Beklagten sei jedenfalls nach den umbekämpft gebliebenen Feststellungen bis zum 28. 5. 1990 nicht hervorgekommen. Nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs sei daher ein Abweichen der klagenden Partei von der einmal mit den Beklagten getroffenen Vereinbarung im Rahmen des geforderten rechtstreuen Verhaltens nicht vertretbar. Diesbezüglich hätte es eines Vorbehaltes oder zumindest eines für die Beklagten wahrnehmbaren Hinweises in bezug auf eine spätere Geltendmachung von Ansprüchen aus dem vorläufigen Pönaleabzug bedurft. Dies sei aber nicht hervorgekommen. Für die klagende Partei gelte daher "pacta sunt servanda".

Das Klagebegehren sei aus diesem Grund abzuweisen gewesen, ohne auf die Frage eingehen zu müssen, ob der Leisungsverzug der klagenden Partei den Abzug des Pönales vom Rechnungsbetrag rechtfertigte.

Dieses Berufungsurteil enthält zwar den Ausspruch, daß die ordentliche Revision unzulässig sei, doch wurde dies auf Antrag der Klägerin in einem nach § 508 Abs 3 ZPO ergangenen Beschluß vom 6. 11. 1998 vom Berufungsgericht dahingehend revidiert, daß die Zulässigkeit der Revision bejaht wurde. Das Berufungsgericht teile zwar nicht die Ansicht, die von der Klägerin geltend gemachten Anfechtungsgründe lägen vor, doch seien die Revisionsausführungen so gehalten, daß jedenfalls nicht gesagt werden könne, das Rechtsmittelbegehren der Klägerin sei völlig unbeachtlich (nicht stichhältig).Dieses Berufungsurteil enthält zwar den Ausspruch, daß die ordentliche Revision unzulässig sei, doch wurde dies auf Antrag der Klägerin in einem nach Paragraph 508, Absatz 3, ZPO ergangenen Beschluß vom 6. 11. 1998

vom Berufungsgericht dahingehend revidiert, daß die Zulässigkeit der Revision bejaht wurde. Das Berufungsgericht teile zwar nicht die Ansicht, die von der Klägerin geltend gemachten Anfechtungsgründe lägen vor, doch seien die Revisionsausführungen so gehalten, daß jedenfalls nicht gesagt werden könne, das Rechtsmittelbegehren der Klägerin sei völlig unbeachtlich (nicht stichhältig).

Mit ihrer fristgerecht erhobenen Revision strebt die Klägerin die Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidung in der Weise an, daß das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen wird; hilfsweise wird die Abweisung eines Teilbetrages von S 179.133,74 s. A. beantragt; ein weiterer Eventualantrag zielt auf die Aufhebung des Berufungsurteils und die Rückverweisung der Rechtssache an die zweite Instanz zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung.

Von den beklagten Parteien liegt dazu eine fristgerecht erstattete Revisionsbeantwortung mit dem Antrag vor, das Rechtsmittel der Klägerin als unzulässig zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

**Rechtliche Beurteilung**

Die Revision erweist sich als unzulässig.

Nach § 502 Abs 1 ZPO ist die Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Bei Prüfung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist der Oberste Gerichtshof an einen Ausspruch des Berufungsgerichts nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO nicht gebunden (§ 508a Abs 1 ZPO). Das gilt selbst dann, wenn das Berufungsgericht in Abänderung seines zunächst gegenteiligen Ausspruchs gemäß § 508 Abs 3 ZPO die ordentliche Revision iSd § 502 Abs 1 ZPO für zulässig erklärte, weil es sich auch dabei um einen Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO handelt. Kommt der Oberste Gerichtshof zum Schluß, daß die für zulässig erklärte Revision den Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht genügt, kann er sich bei deren Zurückweisung auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).Nach Paragraph 502, Absatz eins, ZPO ist die Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Bei Prüfung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist der Oberste Gerichtshof an einen Ausspruch des Berufungsgerichts nach Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer 3, ZPO nicht gebunden (Paragraph 508 a, Absatz eins, ZPO). Das gilt selbst dann, wenn das Berufungsgericht in Abänderung seines zunächst gegenteiligen Ausspruchs gemäß Paragraph 508, Absatz 3, ZPO die ordentliche Revision iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO für zulässig erklärte, weil es sich auch dabei um einen Ausspruch nach Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer 3, ZPO handelt. Kommt der Oberste Gerichtshof zum Schluß, daß die für zulässig erklärte Revision den Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht genügt, kann er sich bei deren Zurückweisung auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (Paragraph 510, Absatz 3, letzter Satz ZPO).

Im gegenständlichen Fall hat die Revisionswerberin die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels im wesentlichen auf zwei Argumente gestützt: daß ihr Geschäftsführer in einem Telefongespräch mit dem Drittbeklagten am Ende Mai 1990 dessen Ansinnen, das streitgegenständliche Pönale von der Schlußzahlung abzuziehen, "zur Kenntnis nahm", könne bestenfalls als Stillschweigen zu einem Vorschlag gedeutet werden, dem nach der Judikatur keine rechtsgeschäftliche Bedeutung, schon gar nicht die Bedeutung einer Zustimmungserklärung zukomme; außerdem sei zufolge der Vertragsbestandteil gewordenen ÖNORM A 2060 (deren Geltung in Ergänzung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts allenfalls noch festgestellt werden müßte) von einem vereinbarten Schriftlichkeitsgebot für Vertragsänderungen auszugehen, dem die bestenfalls konkludente Zustimmungserklärung der Klägerin zur Einbehaltung des Pönales nicht genüge. Dem ist entgegenzuhalten:

Nach der Judikatur ist es keineswegs ausgeschlossen, auch dem Schweigen auf ein Vertragsangebot die Bedeutung einer Zustimmung beizulegen (RIS-Justiz RS0014126; jüngst ÖBA 1998, 798/740). Es ist dabei nur besondere Vorsicht geboten (EvBl 1997/147; WoBl 1997, 245/99 ua). Daß sich die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, aus dem festgestellten Sachverhalt sei eine Zustimmungserklärung der Klägerin zu der von den Beklagten verlangten Einbehaltung des nach den Bestimmungen des Werkvertrages höchstmöglichen Pönales ableitbar, keinesfalls mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Fragen rechtsgeschäftlicher Erklärungen vereinbaren ließe, trifft daher nicht zu.

Bei der Beurteilung, ob Umstände vorliegen, die "keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen", daß einem Verhalten ein bestimmter Rechtsfolgewillen zu unterstellen ist, kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an (Rummel in Rummel2, Rz 16 zu § 863 ABGB). Schon daraus folgt, daß die Schlüssigkeitsprüfung nach§ 863 ABGB idR keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 863 ABGB aufwirft. Das gilt auch für die Wertung, ob dem Stillschweigen zu einem Vertragsangebot ein Erklärungswert (die Bedeutung einer Zustimmungserklärung) beizumessen ist (vgl 4 Ob 2190/96d = EWr III/863 A/7; WoBl 1997, 245/99). Es könnte daher nur die Überschreitung des dem Gericht eingeräumten Beurteilungsspielraums, ein eklatantes Abweichen von Leitlinien der Judikatur zur Deutung des Schweigens zu einem Vertragsangebot als Zustimmungserklärung gemäß § 502 Abs 1 ZPO die Anrufung des Obersten Gerichtshofes rechtfertigen. Auch ein solcher Beurteilungsfehler ist im konkreten Fall nicht zu erkennen.Bei der Beurteilung, ob Umstände vorliegen, die "keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen", daß einem Verhalten ein bestimmter Rechtsfolgewillen zu unterstellen ist, kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an (Rummel in Rummel2, Rz 16 zu Paragraph 863, ABGB). Schon daraus folgt, daß die Schlüssigkeitsprüfung nach Paragraph 863, ABGB idR keine erhebliche Rechtsfrage iSd Paragraph 863, ABGB aufwirft. Das gilt auch für die Wertung, ob dem Stillschweigen zu einem Vertragsangebot ein Erklärungswert (die Bedeutung einer Zustimmungserklärung) beizumessen ist vergleiche 4 Ob 2190/96d = EWr III/863 A/7; WoBl 1997, 245/99). Es könnte daher nur die Überschreitung des dem Gericht eingeräumten Beurteilungsspielraums, ein eklatantes Abweichen von Leitlinien der Judikatur zur Deutung des Schweigens zu einem Vertragsangebot als Zustimmungserklärung gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO die Anrufung des Obersten Gerichtshofes rechtfertigen. Auch ein solcher Beurteilungsfehler ist im konkreten Fall nicht zu erkennen.

Nach der Judikatur kann das Schweigen zu einem Vertragsangebot insbesondere dann als Annahme und Zustimmung gedeutet werden, wenn der Schweigende nach Treu und Glauben hätte reden müssen, um den Eindruck der Zustimmung zu widerlegen (vgl RIS-Justiz RS0013958; zuletzt NZ 1998, 312; 1 Ob 204/98a). Daß eine solche Treuepflicht zum Reden im gegenständlichen Fall für die Klägerin bestand, läßt sich durchaus vertreten. Zu Recht wies das Berufungsgericht darauf hin, daß die Einbehaltung des Pönales nur Teil einer umfassenderen Vereinbarung war. Die Klägerin erbat sich wegen ihrer finanziellen Schwierigkeiten eine vorzeitige Schlußzahlung, der die Beklagten mit dem als Bedingung zu deutenden Gegenvorschlag zustimmten, von der Schlußzahlung einen bestimmten Betrag als Pönale für die feststehenden Lieferverzögerungen einzubehalten. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin, die ja die Einigung über eine vorzeitige Schlußzahlung suchte, nach Treu und Glauben die Bedingung ablehnen müssen, um nicht den Eindruck einer Zustimmung zur gesamten Abmachung zu erwecken. Daß die Gegenleistung der Beklagten zu gering gewesen wäre, um die vom Berufungsgericht angenommene Vereinbarung anzunehmen, trifft nicht zu. Es ging nicht allein um den Zinsenverlust der Beklagten für drei Monate, sondern darum, daß sich die Beklagten auf das Risiko einließen, vor Erstellung eines Abnahmeprotokolls (bei schon früher festgestellten Lieferverzögerungen und Montagefehlern) die Schlußzahlung an einen in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Vertragspartner zu leisten. Die Schlüsse, die das Berufungsgericht aus dem Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin gezogen hat, sind daher keineswegs lebensfremd oder mit den Leitlinien der Judikatur zu § 863 ABGB unvereinbar. Einer Auseinandersetzung mit der Bedeutung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" vom 28. 5. 1990 sowie mit der Frage, ob und wie die Klägerin dem Inhalt dieses Schreibens widersprach, bedarf es nicht mehr.Nach der Judikatur kann das Schweigen zu einem Vertragsangebot insbesondere dann als Annahme und Zustimmung gedeutet werden, wenn der Schweigende nach Treu und Glauben hätte reden müssen, um den Eindruck der Zustimmung zu widerlegen vergleiche RIS-Justiz RS0013958; zuletzt NZ 1998, 312; 1 Ob 204/98a). Daß eine solche Treuepflicht zum Reden im gegenständlichen Fall für die Klägerin bestand, läßt sich durchaus vertreten. Zu Recht wies das Berufungsgericht darauf hin, daß die Einbehaltung des Pönales nur Teil einer umfassenderen Vereinbarung war. Die Klägerin erbat sich wegen ihrer finanziellen Schwierigkeiten eine vorzeitige Schlußzahlung, der die Beklagten mit dem als Bedingung zu deutenden Gegenvorschlag zustimmten, von der Schlußzahlung einen bestimmten Betrag als Pönale für die feststehenden Lieferverzögerungen einzubehalten. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin, die ja die Einigung über eine vorzeitige Schlußzahlung suchte, nach Treu und Glauben die Bedingung ablehnen müssen, um nicht den Eindruck einer Zustimmung zur gesamten Abmachung zu erwecken. Daß die Gegenleistung der Beklagten zu gering gewesen wäre, um die vom Berufungsgericht angenommene Vereinbarung anzunehmen, trifft nicht zu. Es ging nicht allein um den Zinsenverlust der Beklagten für drei Monate, sondern darum, daß sich die Beklagten auf das Risiko einließen, vor Erstellung eines Abnahmeprotokolls (bei schon früher festgestellten Lieferverzögerungen und Montagefehlern) die Schlußzahlung an einen in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Vertragspartner zu leisten. Die Schlüsse, die das

Berufungsgericht aus dem Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin gezogen hat, sind daher keineswegs lebensfremd oder mit den Leitlinien der Judikatur zu Paragraph 863, ABGB unvereinbar. Einer Auseinandersetzung mit der Bedeutung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" vom 28. 5. 1990 sowie mit der Frage, ob und wie die Klägerin dem Inhalt dieses Schreibens widersprach, bedarf es nicht mehr.

Ähnliches gilt für die Frage, ob die Streitteile für Ergänzungen des der Klagsforderung zugrundeliegenden Werkvertrages die Schriftform vereinbart hatten. Auch hier läßt sich das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Anrufung des Obersten Gerichtshofes zur Korrektur der berufungsgerichtlichen Entscheidung mit dem Hinweis auf die Judikatur belegen, die ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend als zulässig erachtet (RIS-Justiz RS0014378;

einschlägige Entscheidungsveröffentlichungen aus jüngerer Zeit finden sich ua in WoBl 1991, 54/42; WoBl 1993, 132/96; JBl 1994, 547;

MietSlg 48.069). Auch in diesem Punkt sind für die Auslegung konkludenten Verhaltens, aus dem sich das einvernehmliche Abstehen von der vereinbarten Schriftform ergibt, die jeweiligen Umstände des Einzelfalls entscheidend. Daß insoweit das Berufungsgericht von Judikaturgrundsätzen abgewichen wäre, ist nicht erkennbar. Die Unmaßgeblichkeit des vereinbarten Schriftlichkeitsgebotes kann sich nach der Judikatur auch aus dessen bewußter Vernachlässigung ergeben. Es soll sich derjenige nicht nachträglich auf einen Formmangel berufen können, der das Formgebot selbst mißachtete (vgl RIS-Justiz RS0014391). Im gegenständlichen Fall hat die Klägerin nichts dabei gefunden, in einem Telefongespräch neue, von der schriftlichen Vereinbarung abweichende (sie begünstigende) Modalitäten für die Schlußzahlung festzulegen. Ein Teil dieser Vereinbarung war der Einbehalt des Pönales. Daraus den Schluß eines einvernehmlichen Abgehens von der vereinbarten Schriftform zu ziehen, hält sich im Rahmen der einschlägigen Judikatur.MietSlg 48.069). Auch in diesem Punkt sind für die Auslegung konkludenten Verhaltens, aus dem sich das einvernehmliche Abstehen von der vereinbarten Schriftform ergibt, die jeweiligen Umstände des Einzelfalls entscheidend. Daß insoweit das Berufungsgericht von Judikaturgrundsätzen abgewichen wäre, ist nicht erkennbar. Die Unmaßgeblichkeit des vereinbarten Schriftlichkeitsgebotes kann sich nach der Judikatur auch aus dessen bewußter Vernachlässigung ergeben. Es soll sich derjenige nicht nachträglich auf einen Formmangel berufen können, der das Formgebot selbst mißachtete vergleiche RIS-Justiz RS0014391). Im gegenständlichen Fall hat die Klägerin nichts dabei gefunden, in einem Telefongespräch neue, von der schriftlichen Vereinbarung abweichende (sie begünstigende) Modalitäten für die Schlußzahlung festzulegen. Ein Teil dieser Vereinbarung war der Einbehalt des Pönales. Daraus den Schluß eines einvernehmlichen Abgehens von der vereinbarten Schriftform zu ziehen, hält sich im Rahmen der einschlägigen Judikatur.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

**Anmerkung**

E52708 05A03378

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0050OB00337.98I.0112.000

**Dokumentnummer**

JJT_19990112_OGH0002_0050OB00337_98I0000_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