

# TE OGH 1987/5/14 70b587/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.05.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Flick als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurz, Dr. Warta, Dr. Egermann und Dr. Niederreiter als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Baumeister Ing. A. J\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, Mödling, Neugasse 43, vertreten durch Dr. Otto Pichler, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Dr. Fritz L\*\*\*-H\*\*\*, Kaufmann, Wien 5., Margaretenstraße 98, vertreten durch Dr. Peter Kisler und DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 663.594,56 s.A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 5. Dezember 1986, GZ 3 R 94/86-113, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 29. Jänner 1986, GZ 15 Cg 53/85-107 in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, dem Beklagten die mit 18.695,40 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 2.400,-- S Barauslagen und 1.481,40 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin hat im Auftrag des Beklagten Baumeisterarbeiten zur Herstellung einer Tennisanlage verrichtet und hiefür Teilrechnungen gelegt, auf die eine Reihe von Zahlungen geleistet wurden. Schließlich kam es zwischen den Streitparteien zu Differenzen über die Rechnungshöhe, die letzten Endes im Herbst 1977 (im erstgerichtlichen Urteil falsch 1978) zu einer Einigung dahin führten, daß für die gesamten klägerischen Arbeiten ein Pauschalbetrag von 5,250.000,-- S samt 945.000,-- S Umsatzsteuer zu bezahlen sei. Tatsächlich hat die Klägerin am 3. Oktober 1977 eine Schlußrechnung über diesen Betrag gelegt (Beilage 10). Die Schlußrechnung wurde vom Beklagten an sich nicht beanstandet, doch hat der Beklagte in der Folge auf die gesamte Endsumme einen Betrag von 195.000,-- S mit der Behauptung zurückbehalten, die von der Klägerin erbrachten Arbeiten weisen Mängel auf. Dies wurde von der Klägerin bestritten.

Nachdem die Streitparteien in einer Korrespondenz ihren jeweiligen Standpunkt vertreten hatten, richtete der Vertreter der Klägerin am 29. Mai 1978 an den Beklagten ein Schreiben (Beilage C), in dem neuerlich die Berechtigung des Rückbehaltes von 195.000,-- S bestritten wurde. Schließlich weist dieses Schreiben folgenden Passus auf:

"Nachdem seit nunmehr 8 Monaten immer noch 195.000,-- S ausstehen und nachdem, was ich aus der Korrespondenz ersehe, auch kein Zahlungswille ersichtlich ist, erscheint eine Nachfristsetzung offenbar zwecklos.

Meine Mandantschaft erklärt daher ihren Rücktritt von der Vereinbarung vom 30. September 1977 und macht ihren Anspruch auf Bezahlung des vollen Restbetrages, der sich aus der Summe von 19 Teilrechnungen unter Berücksichtigung der Teilzahlungen ergibt, geltend, und zwar .....

Am 3. Juli 1978 überwies der Beklagte bei Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunktes die fehlenden 195.000,- S an die Klägerin. Mit der am 6. Juli 1978 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin vorerst 858.954,56 S s.A., wobei sie von ihren früheren Schlußrechnungen und einem wirksamen Rücktritt von der Vereinbarung vom Herbst 1977 ausging. Dieses Begehren wurde schließlich auf 663.954,56 S s.A. eingeschränkt.

Die Vorinstanzen haben das Klagebegehren abgewiesen, wobei das Berufungsgericht die Rechtsansicht vertrat, die Vereinbarung vom Herbst 1977 stelle einen Vergleich dar, der einen eigenen Rechtstitel begründet habe. Aufgrund dieses Vergleiches hätte die Klägerin im Frühjahr 1978 nur mehr 195.000,- S verlangen können. Allerdings wäre sie bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 918 ABGB zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen. Die Nichtzahlung des Restbetrages hätte allenfalls einen solchen Rücktrittsgrund bilden können. Ein wirksamer Vertragsrücktritt hätte jedoch die Setzung einer Nachfrist vorausgesetzt. Eine Nachfrist habe die Klägerin weder gesetzt noch gewährt, vielmehr habe sie in ihrem Rücktrittsschreiben jegliche Nachfristsetzung verweigert. Da nicht feststehe, daß der Beklagte die Erfüllung geradezu verweigert habe, sei demnach ein rechtswirksamer Rücktritt vom Vergleich nicht erfolgt. Der Beklagte sei daher zu keiner über den vereinbarten Betrag hinausgehenden Leistung verpflichtet. Da er den vereinbarten Betrag bereits bezahlt habe, müsse das Klagebegehren abgewiesen werden.

Die von der Klägerin gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revision ist nicht gerechtfertigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Mängelrüge geht von der Unrichtigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes aus. Erweist sich diese Rechtsansicht als richtig, so ist auch nach den Ausführungen der Revision das berufungsgerichtliche Verfahren nicht mangelhaft. Demnach erübrigt sich ein Eingehen auf die Mängelrüge, falls der Rechtsrüge keine Berechtigung zukommt.

Zutreffend und auch nicht bekämpft sind die Ausführungen des Berufungsgerichtes über das Wesen der im Herbst 1977 zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vereinbarung als Vergleich im Sinne des § 1380 ABGB. Das Wesen eines solchen Vergleiches besteht darin, daß die Parteien an die Stelle einer streitigen oder zweifelhaften Verbindlichkeit eine feststehende setzen (MietSlg. 35.262 u.a.). Der bürgerlich-rechtliche Vergleich stellt einen neuen Rechtsgrund dar (EvBl. 1955/379 u.a.). Diesbezüglich kann also auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden, zumal die Revision dagegen nichts vorbringt.

Richtig hat das Berufungsgericht auch erkannt, daß mangels gegenteiliger Vereinbarung grundsätzlich auch von einem außergerichtlichen Vergleich gemäß § 918 ABGB zurückgetreten werden kann. Ein solcher Rücktritt setzt allerdings nach dem Wortlaut des § 918 Abs. 1 ABGB die Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung der Leistung voraus. Die Ausdrucksweise "unter Festsetzung" bedeutet schon nach allgemeinem Sprachgebrauch, daß die "Festsetzung" nicht der Rücktrittserklärung vorangehen darf, sondern bei der Rücktrittserklärung erfolgen muß. Es ist daher folgerichtig, nur einen nach der Rücktrittserklärung liegenden Zeitraum als Nachfrist im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung anzuerkennen (Reischauer in Rummel, Rdz 15 zu § 918, JBl. 1976, 535 u.a.). Richtig führt nun die Revision aus, daß nach der Judikatur der Ausdruck "festsetzen" nicht wörtlich zu nehmen ist. Dem Gesetz ist Genüge getan, wenn der nicht säumige dem säumigen Vertragspartner eine angemessene Frist zur Nachholung seiner Leistung tatsächlich gewährt hat (Reischauer a.a.O., EvBl. 1978/2, JBl. 1976, 535 u.a.).

Die Ausführungen bezüglich bloßer Nachfristgewährung gelten jedoch nur für den Normalfall, daß entweder eine zu kurze Nachfrist gesetzt oder bloß der Rücktritt angedroht wurde. Sinn des gesetzlichen Erfordernisses zur Nachfristsetzung ist es nämlich, dem Schuldner vor Augen zu führen, daß er durch seine weitere Säumnis den Bestand der für ihn allenfalls günstigeren Vereinbarung gefährdet. Durch die Nachfristsetzung soll ihm die Möglichkeit geboten werden, den Ernst der Lage klar zu erkennen und sein Verhalten noch einmal unter dem Gesichtspunkt der möglichen Auflösung der Vereinbarung zu prüfen. Für den säumigen Schuldner muß also klar sein, daß der Gläubiger nach wie vor auf dem Boden der Vereinbarung steht und daß (der Schuldner) durch Erbringung der rückständigen Leistung die Auflösung der Vereinbarung abwenden kann. Bestehen daher für den Schuldner Zweifel über die Annahmefähigkeit des Gläubigers, so wirkt der Rücktritt ohne Fristsetzung nicht, es sei denn, der Gläubiger würde

seine noch bestehende Annahmefähigkeit verdeutlichen (Reischauer a.a.O., JBl. 1976, 535, 6 Ob 871/82 u.a.). Nur bei ernsthafter Erfüllungsverweigerung kann die Nachfristsetzung entfallen (Reischauer a.a.O., Rdz 14 zu § 918, JBl. 1977, 543, SZ 40/53 u.a.). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte nie grundsätzlich die Zahlung der Restforderung verweigert. Vielmehr stand er stets auf dem Boden der Vereinbarung vom Herbst 1977 und machte lediglich ein Rückbehaltungsrecht im Hinblick auf angeblich später aufgetretene Mängel geltend. Darüber fand zwischen den Streitparteien eine Korrespondenz statt, die keineswegs erkennen ließ, daß einer von ihnen nicht mehr auf dem Boden der Vereinbarung stehe oder daß der jeweilige Standpunkt unverrückbar sei. Vielmehr handelte es sich um schriftliche Verhandlungen über eine Differenz, bezüglich derer schon nach ihrer Art jeder der Streitparteien der Meinung sein konnte, daß diese Verhandlungen letzten Endes zu einem befriedigenden Ergebnis führen könnten. Bei dieser Situation kam für den Beklagten das Schreiben vom 29. Mai 1978 insofern überraschend, als es ein abruptes Abbrechen der bisherigen Verhandlungen bedeutete. Obwohl der Beklagte bisher keineswegs ein Verhalten an den Tag gelegt hatte, aus dem geschlossen werden konnte, daß er die ihm obliegende Leistung auf jeden Fall verweigern wolle, wurde ihm der Rücktritt von der Vereinbarung vom Herbst 1977 erklärt. Dem Schreiben vom 29. Mai 1978 konnte nicht die Bereitschaft der Klägerin, die aushaftende Leistung als Erfüllung der Vereinbarung vom Herbst 1977 anzunehmen, entnommen werden. Das Schreiben enthält nicht nur keine Nachfrist, vielmehr lehnt es eine Nachfristsetzung ausdrücklich ab. Aufgrund dieses Schreibens mußte der Beklagte der Auffassung sein, daß die Klägerin nicht mehr auf dem Boden der Vereinbarung vom Herbst 1977 stehe, vielmehr die Erbringung der ausständigen Leistung in Erfüllung dieser Vereinbarung ablehnen werde. Demnach entsprach dieses Schreiben nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 918 Abs. 1 ABGB hinsichtlich einer wirksamen Rücktrittserklärung. Richtig hat sohin das Berufungsgericht erkannt, daß mangels wirksamen Rücktritts die Vereinbarung vom Herbst 1977 nach wie vor wirksam ist. Da der Beklagte den gesamten nach dieser Vereinbarung von ihm zu leistenden Betrag bezahlt hat, steht der Klägerin keine weitere Forderung mehr zu.

Auf die Ausführungen der Revision zum Kostenpunkt war nicht einzugehen, weil gemäß § 528 ZPO Kostenentscheidungen des Gerichtes zweiter Instanz generell unanfechtbar sind (Fasching Zivilprozeßrecht Rdz 471).

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E11198

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0070OB00587.87.0514.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870514\_OGH0002\_0070OB00587\_8700000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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