

TE OGH 1988/6/15 1Ob566/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.06.1988

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Hofmann, Dr. Schlosser und Dr. Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. G*** & G*** OHG, Attnang-Puchheim, vertreten durch Dr. Walter Prunbauer, Dr. Friedrich Prunbauer, Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwälte in Wien, Nebenintervenient auf Seiten der klagenden Partei Firma Ing. Johann S***, Stahl- und Metallbau Gesellschaft mbH, Wien 19., Leopold Steiner-Gasse 12, vertreten durch Dr. Horst Reitböck, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei O*** Gesellschaft mbH, Langenzersdorf, Wienerstraße 225-229, vertreten durch Dr. Erich Zeiner, Dr. Hans Georg Zeiner, Dr. Norbert Pirker, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 1,766.157,02 samt Anhang, über Rekurse der klagenden und beklagten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 5. November 1987, GZ 2 R 189/87-21, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 2. Juni 1987, GZ 14 Cg 167/86-13, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Prozeßkosten.

Text

Begründung:

Die beklagte Partei schrieb am 30. Juli 1984 einen Bürozubau aus. Punkt 4 dieser Ausschreibung lautete: "Konventionalstrafe (Pönale). Bei Überschreitung der im Punkt 3 angeführten Termine durch Verschulden des Auftragnehmers gilt ein Pönale in der Höhe von 0,5 % der Auftragssumme (incl. MWSt.) je Werktag Fristüberschreitung als vereinbart, das im Pönalefall von der Schlußrechnungssumme einbehalten wird. Das Pönale (Konventionalstrafe) unterliegt nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. Alle Folgekosten, die auf Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen sind, gehen zur Gänze zu dessen Lasten."

Am 16. August 1984 übermittelte die klagende Partei ein firmenmäßig gefertigtes Leistungsverzeichnis an die beklagte Partei. In Begleitschreiben wies sie darauf hin, das im Leistungsverzeichnis unter Punkt 4 angeführte Pönale werde zwar anerkannt, jedoch mit dem Höchstausmaß von 5 % der Auftragssumme begrenzt. Als Bestbieter erhielt aber die Firma Johann S*** Stahl- und Metallbaugesellschaft mbH (im folgenden kurz: Firma Johann S***), über deren Vermögen ein Ausgleichsverfahren anhängig war, den Auftrag über die Fenster-, Türen- und Aluminiumarbeiten. Am 14. Dezember 1984 wurde über das Vermögen der Firma Johann S*** der Anschlußkonkurs eröffnet. Zwischen der beklagten Partei und dem Masseverwalter Dr. Horst R*** wurde am 19. Dezember 1984 die weitere Vorgangsweise

erörtert. Man kam überein, daß durch einen Sachverständigen der bisherige Leistungsumfang der Firma Johann S*** festgestellt und die bisherigen Leistungen auf ihre Mängelfreiheit überprüft werden sollten. Der neue Werkunternehmer - die klagende Partei - sollte auf Grund des neu abzuschließenden Vertrages die volle Gewährleistung für alle (also auch bereits von der Firma Johann S*** durchgeführte) Arbeiten übernehmen.

Mit Schreiben vom 15. Jänner 1985 teilte der Masseverwalter Dr. Horst R*** der beklagten Partei mit, unter der Voraussetzung der Auftragserteilung an die klagende Partei trete die Konkursmasse vom Vertrag vom 6. September 1984 zurück; die Firma Johann S*** werde als Subunternehmer der klagenden Partei die bereits begonnenen Fensterkonstruktionen fertigstellen, montieren und zu den Preisen gemäß Leistungsverzeichnis abrechnen; die Zahlung habe sinnvollerweise an die klagende Partei zu erfolgen, die die Leistungen der Firma Johann S*** direkt berichtigen werde; mit der klagenden Partei seien die wesentlichen Vertragspunkte abgesprochen worden, die klagende Partei werde nach den Besprechungen mit der beklagten Partei mit der Lieferung der Positionen 1 bis 5 gemäß ihrem Offert vom 16. August 1984 direkt beauftragt; sie werde in diesem Zusammenhang erklären, daß für die von der Firma Johann S*** bereits gelieferten Positionen ab dem Tag der mängelfreien Abnahme durch einen unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen Gewährleistung übernommen werde; Voraussetzung für die Gesamtregelung sei, daß von der beklagten Partei keinerlei Schadenersatzforderungen abgezogen würden, auch nicht für etwaige Pönalebeträge, wie dies bereits grundsätzlich besprochen worden sei; lediglich für die Winterverschalung könnten die Kosten abgezogen werden, die jedoch mit höchstens S 50.000,- limitiert seien. Arch.Dipl.Ing. Peter P***, der Bevollmächtigte der

beklagten Partei, antwortete mit Schreiben vom 16. Jänner 1985. Er habe im Namen der beklagten Partei die klagende Partei mit der Ausführung der Leichtmetallarbeiten für die Fassade beauftragt; er nehme den Rücktritt vom Vertrag durch die Konkursmasse der Firma Johann S*** an; gleichzeitig erklärte er, daß seitens der beklagten Partei keinerlei Schadenersatzforderungen an die Konkursmasse der Firma Johann S*** gestellt werden; lediglich für die Winterverschalung werde vereinbarungsgemäß der Betrag von S 50.000,- abgezogen; diese Kosten würden direkt mit der klagenden Partei verrechnet.

Mit Schreiben vom 16. Jänner 1985 übermittelte

Arch.Dipl.Ing. Peter P*** einen von der beklagten Partei

firmenmäßig unterfertigten Bauvertrag an die klagende Partei. Dieser

hat folgenden wesentlichen Inhalt: "Bauvertrag Nr. 1435. Zwischen

dem Bauherrn als Auftraggeber, vertreten durch seinen

bevollmächtigten Architekten, und dem unterzeichneten Auftragnehmer

wird folgender Vertrag zur Ausführung der nachstehend beschriebenen

Bauleistungen geschlossen:10.) Arbeitsbeginn: Montage der

Fenster 21. Jänner 1985, Fertigstellungstermin

15. Februar 1985; Hauptfassade komplette Fertigstellung bis Mitte

April 1985 12.) Pönale: 0,5 % der Schlußrechnungssumme je

Arbeitstag Fristüberschreitung. Vertragsbestandteile: 1.) Dieser Bauvertrag; 2.) das zugrundegelegte Leistungsverzeichnis mit den dazugehörigen Vorbemerkungen (Anbot), 3.) die besonderen Vertragsbedingungen des Architekten, 4.) die entsprechenden technischen Vorschriften der Ö***, 5.) die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (ÖNORM B 2061, B 2110, B 2111, B 2112, B 2113), 6.) die Werk- und Detailpläne des Architekten und die vom Architekten geprüften Ausführungspläne des Unternehmers laut Übernahmsbestätigung in der umgekehrten Reihenfolge, 7.) die statische Berechnung. Bei Widersprüchen in den vorgenannten Vertragsbestandteilen gilt in erster Linie dieser Vertrag, sodann die Vertragsbestandteile in der genannten Reihenfolge e) Ausführungsfristen. Der Auftragnehmer hat die Leistung wie folgt zu beginnen, durchzuführen und zu beenden: Montagebeginn Fenster und Brüstungen an den Fassaden: 15. Jänner 1985, Fertigstellung Fenster und Brüstungen an den Fassaden: 15. Februar 1985, Vorlage der Werkzeichnungen für Seiteneingänge und Glasdach: 23. Jänner 1985, Montagebeginn:

4. März 1985, komplette Fertigstellung: Mitte April 1985.

Zwischentermine: in Abstimmung mit der örtlichen Bauaufsicht,

f) Folgen der Vertragsüberschreitungen: a) Vertragsstrafen (Pönale). Bei Überschreitung der vorbestimmten Zwischenfristen oder des Fertigstellungstermines ist für jeden Werktag der Verspätung ein Pönale (siehe S. 1 Punkt 12) fällig. Pönale gilt nicht als erlassen, wenn die verzögerte Leistung ganz oder teilweise mit oder ohne Vorbehalt abgenommen wird, und ist gegen allfällige Forderungen nicht aufrechenbar, b) Sollte der Auftragnehmer den Beginn oder den Fortschritt des begonnenen Baues oder die Durchführung der übernommenen Arbeiten aus einem von ihm zu vertretenden Grund verzögern, so ist der Auftraggeber berechtigt, eine angemessene Frist zur Nachholung zu setzen um nach deren fruchtlosem Verstreichen die Leistung auf Kosten und Gefahr des Auftragnehmers anderseitig durchführen zu lassen. Sieht der Auftraggeber hievon ab, so erhält der Auftragnehmer im Falle von Preiserhöhungen bei veränderlichen Preisen vom Tage des ursprünglichen Termins an nur mehr Zahlungen auf Grund der zuletzt gültig gewesenen Preise. Bei unverschuldeter Verzögerung des Baubeginns verschieben sich die Fertigstellungstermine entsprechend. Jeweils auftretende Hemmungen im Hinblick auf den Arbeitsfortschritt sind dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen." Der Abschnitt Ausführungsfristen der beigelegten Besonderen Vertragsbedingungen lautet: "1.) Bei Vertragsabschluß werden Ausführungsfristen festgelegt, deren Einhaltung Voraussetzung für die Auftragserteilung und somit Vertragsbestandteil ist. 2.) Bei Überschreitung der Ausführungsfristen durch Verschulden oder Verzug des Auftragnehmers wird eine Konventionalstrafe (Pönale) fällig, deren Höhe im Vertrag festzulegen ist. Die Vertragsstrafe gilt nicht als erlassen, wenn die verzögerte Vertragserfüllung ganz oder teilweise ohne Vorbehalt angenommen wird, sie wird der Einfachheit halber von der Schlußrechnung abgezogen."

Die Firma Johann S*** begann nicht, wie vorgesehen, am 21. Jänner 1985 mit der Montage der Fenster und Brüstungen an den Fassaden. Arch.Dipl.Ing. Peter P*** schrieb am 24. Jänner 1985 mittels Fernschreibers an die Firma Johann S***, da die Vereinbarungen Montagebeginn am 21. Jänner 1985, Fertigstellung bis 15. Februar 1985 die Grundlagen zum Verzicht auf das Pönale gewesen seien, von der Firma Johann S*** nicht eingehalten werden, werde seitens des Auftraggebers keinerlei Wert mehr auf die Erbringung der vereinbarten Leistungen gelegt; somit gelangten die Pönalebestimmungen aus dem Vertrag zur Anwendung; das Pönale werde der Firma Johann S*** in voller Höhe angerechnet. Dr. Horst R*** als Masseverwalter der Firma Johann S*** antwortete mittels Fernschreibens vom 24. Jänner 1985, er müsse der Sache erst nachgehen, eine Rückfrage habe jedoch ergeben, daß die Monteure am Tage des Schreibens wegen des schlechten Wetters nicht auf der Baustelle gewesen seien; er möchte darauf hinweisen, daß die Fertigstellung 15. Februar zugesagt worden sei, dies werde eingehalten. Er könne daher den Vertragsrücktritt nicht zur Kenntnis nehmen. Am 4. Februar 1985 fand eine Besichtigung durch den Sachverständigen, der die bisher erbrachten Leistungen der Firma Johann S*** feststellte und beurteilte, statt.

Am 5. Februar 1985 nahm die klagende Partei den Bauvertrag Nr. 1435 an. Das Begleitschreiben der klagenden Partei vom selben Tag hat folgenden Wortlaut: "Betrifft:

Auftragsbestätigung Kommission Nr. 05006 Angebot Nr. 84/292 vom 16. August 1984. Ihr Auftrag vom 16. Jänner 1985 Nachdem unsere Firma sich bereit erklärt hat, den ursprünglich an die Firma Johann S*** erteilten Auftrag über die Aluminiumarbeiten beim Bauvorhaben Odol-Wien GmbH zu übernehmen und fertigzustellen, halten wir ordnungsgemäß die über diese Vorgangsweise getroffenen Vereinbarungen wie folgt fest: Die Firma G*** & G*** erklärt, daß sie für die von der Firma Johann S*** bereits gelieferten Positionen Gewährleistung übernimmt, ab dem Tag der mängelfreien Abnahme durch einen unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen auf die Dauer von zwei Jahren, längstens jedoch bis zum 31. März 1987. Die vertragsgerechte Lieferung sowie die Einhaltung sämtlicher derzeit gültiger einschlägiger Normen und Baugesetze ist durch die Abnahme festzustellen und uns in einem Abnahmeprotokoll zu dokumentieren. G*** & G*** leistet Gewähr für den ordnungsgemäßen Zusammenbau und Einbau der gelieferten Fensterkonstruktionen, nicht jedoch für Folgeschäden; für verdeckte Mängel an den von der Firma Johann S*** gelieferten Konstruktionen nur bis maximal 50 % ihres Vertragspreises. Wir bitten Sie, diese Vereinbarung zu bestätigen und danken nochmals für Ihren geschätzten Auftrag. In der Beilage retounieren wir das von uns firmenmäßig gefertigte Auftragsschreiben."

Die beklagte Partei war über die nunmehr durchgeführte Übernahme der von der Firma Johann S*** begonnenen Arbeiten durch die klagende Partei insoweit sehr froh, als damit der durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über

das Vermögen der Firma Johann S*** abzusehende Schaden so gering wie möglich gehalten wurde. Die beklagte Partei erlangte einen für sämtliche auch schon erbrachten Leistungen tauglichen Gewährleistungsträger; die von der Firma Johann S*** zwar begonnenen, aber nur halbfertig erbrachten Leistungen konnten fortgesetzt werden. Nahtlos daran würde sich die Fertigstellung der restlichen Arbeiten nunmehr ausschließlich durch die klagende Partei fügen.

Schon mit Schreiben vom 27. Februar 1985 wies

Arch.Dipl.Ing. Peter P*** die klagende Partei darauf hin, daß die Pönalebestimmungen des Bauvertrages Nr. 1435 zur Anwendung gelangten. Mit Schreiben vom 18. März 1985 erklärte Arch.Dipl.Ing. Peter P*** der klagenden Partei, daß durch deren verzögerte Leistung der gesamte Ausbau des Bauvorhabens sowie weitere Folgearbeiten im bestehenden Altbau behindert seien. Es sei zu erwarten, daß dem Auftraggeber Schäden entstehen werden, die über die Pönalevereinbarung hinausgingen.

In der Aktennotiz der beklagten Partei über die

27. Baubesprechung vom 2. April 1985 wurde u.a. festgehalten, daß die klagende Partei die Fensterkonstruktionen bis zum 29. März 1985 so weit fertiggestellt habe, daß die Firma D*** seit 29. März 1985 Naturmaße nehmen könne. Da die Firma Johann S*** die noch ausständigen Materialien nicht habe übergeben können, habe auch die klagende Partei die Fassade nicht mängelfrei übergeben können. Diesbezüglich werde in getrennten Gesprächen mit der klagenden Partei eine Terminvereinbarung getroffen werden. Die Abnahme der Fenster erfolgte am 15. Mai 1985.

Die von der klagenden Partei gelegte Schlußrechnung für Leistungen, die vereinbarungsgemäß noch von der Firma Johann S*** zu erbringen, aber noch nicht abgerechnet waren, für eigene Leistungen aus dem ursprünglichen Auftrag sowie für Nachtragsarbeiten und Ergänzung beauftragter Leistungen betrug insgesamt S 2.577.761,--. In der Schlußrechnungssumme ist der von der klagenden Partei selbst erbrachte Leistungsumfang in der Höhe von S 1.466.614,39 enthalten.

Die klagende Partei begehrt für Leistungen auf Grund des Bauvertrages Nr. 1435 den Zuspruch des Betrages von S 1.766.157,02 samt Anhang. Auszugehen sei von einem Bruttoendbetrag nach Korrektur durch die beklagte Partei in der Höhe von S 2.577.761,--. Abzuziehen sei in Gegenrechnung eine Tischlerrechnung von S 7.920,--, anteilige Reinigungskosten von S 18.734,--, ein Pönale von 5 % in der Höhe S 128.888,05 und zwei Teilzahlungen von S 490.000,-- und S 166.061,98. Die klagende Partei habe der beklagten Partei angeboten, den Auftrag der Firma Johann S*** zu den Bedingungen des ursprünglichen Offerts vom 16. August 1984, also mit der Beschränkung der Pönaleforderung zu einem Höchstausmaß von 5 % der Auftragssumme, zu übernehmen. Auf dieser Basis sei der Auftrag erteilt worden. Das von der beklagten Partei geltend gemachte Pönale von 0,5 % der Auftragssumme je Tag Fristüberschreitung entspräche 70 % des Auftragsumfanges. Ein Pönale in diesem Ausmaß sei ohne Nachweis eines Schadens sittenwidrig. Die geltend gemachte Pönaleforderung sei aber auch der Höhe nach unberechtigt. Der auf Seiten der klagenden Partei beigetretene Nebenintervenient brachte vor, daß bei der Besprechung des Masseverwalters mit Arch.Dipl.Ing. Peter P*** am 20. Dezember 1984 vereinbart worden sei, die Firma Johann S*** sollte die Fenster weiterbearbeiten und in der Woche vom 7. bis 11. Jänner 1985 lieferbereit sein. Für die Montage seien drei bis vier Wochen angesetzt worden. Schon damals sei festgehalten worden, daß die restlichen Positionen des Auftrages von der Firma Johann S*** keinesfalls ausgeführt werden, sondern nach Möglichkeit die klagende Partei hiezu herangezogen werden solle.

Die beklagte Partei wendete ein, daß für den Fall der Fristüberschreitung ein Pönale in der Höhe von 0,5 % der Schlußrechnungssumme pro Arbeitstag der Fristüberschreitung vereinbart worden sei. Die von der klagenden Partei im seinerzeitigen Anbot vom 16. August 1984 vorgeschlagene Haftungsbeschränkung von 5 % der Auftragssumme sei von der beklagten Partei niemals akzeptiert worden; sie habe auch keinen Bestandteil der Vereinbarungen der Streitteile gebildet. Es sei zu erheblichen Fristüberschreitungen gekommen, die zur Gänze im Bereich der klagenden Partei gelegen und daher von ihr zu verantworten seien. Nach Überweisung einer Teilzahlung von S 500.000,-- und des Restbetrages von S 116.061,98 schulde die beklagte Partei der klagenden Partei nichts mehr. Der Schaden, den die beklagte Partei durch die zu späte Fertigstellung des Gebäudes erlitten habe, gehe weit über die verschuldensunabhängige Pönaleforderung hinaus. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit dem Betrag von S 1.342.403,02 samt Anhang statt, das Mehrbegehren von S 423.754,-- samt Anhang wies es ab. Die Firma Johann S*** habe mit Wissen und Willen der beklagten Partei die von ihr begonnenen Arbeiten fortgesetzt. Die Termine (für die Fertigstellung der Arbeiten durch die Firma Johann S***) seien mehrmals verschoben worden. Die tatsächliche

Fertigstellung im Sinne des Leistungsanbotes sei am 28. Juni 1985 erfolgt. Nachtragsarbeiten, zB Gerüstabbau, Lackausbesserungen, seien bauseits nicht früher möglich gewesen. Es ergebe sich somit ein Verzug von 50 Arbeitstagen.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, daß eine der Höhe nach unbeschränkte Vertragsstrafe nach Punkt 12 des Bauvertrages wirksam vereinbart worden sei. Nach dem Vertrag gingen bei Widersprüchen die Bestimmungen des Bauvertrages auf jeden Fall dem zugrundegelegten Leistungsverhältnis mit den dazugehörigen Vorbemerkungen voraus. Die klagende Partei treffe für allfällige Verzögerungen, die der mit Willen und Wissen der beklagten Partei beschäftigte Subunternehmer verursacht habe, jedenfalls kein Verschulden. Ein Unternehmer, der mit Erlaubnis oder Wissen seines Auftraggebers einen anderen Unternehmer zugezogen habe, hafte bloß für Auswahlverschulden. Ein solches sei von der beklagten Partei nicht behauptet worden. Die Verzögerungen, die ausschließlich im Wirkungsbereich der klagenden Partei entstanden seien, seien allerdings anders zu beurteilen. Festgestellt sei, daß der pönalisierte Teil der Arbeiten der klagenden Partei (nicht die Nachträge) bis 28. Juni 1985 fertig gewesen sei, also eine Terminüberschreitung von 50 Arbeitstagen vorgelegen sei; für diese habe die klagende Partei einzustehen. Bei Ausmittlung der Konventionalstrafe legte das Erstgericht den Leistungsumfang der klagenden Partei laut korrigierter Schlußrechnung von S 1,466.614,39 zugrunde. Es ging dabei von 74 Tagen (= Verzögerung 15. April 1985 bis 28. Juni 1985) aus und errechnete daraus die Höhe der Vertragsstrafe mit S 7.333,-- pro Tag, das sind insgesamt S 542.642,--. Es wies daher unter Vernachlässigung der Groschenbeträge die Differenz der von der beklagten Partei zugestandenen Vertragsstrafe von S 128.888,05 zuzüglich des Betrages von S 10.000,-- ab. Ein weiteres 2 %iges Skonto hätte der beklagten Partei nur bei Bezahlung innerhalb von drei Monaten gebührt.

Das Berufungsgericht gab den Berufungen beider Teile Folge. Es hob das Urteil des Erstgerichtes unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Die vom Erstgericht getroffene Feststellung, daß eine Höchstbegrenzung der Vertragsstrafe nicht Bestandteil des Vertrages gewesen sei, sei unbedenklich. Die klagende Partei habe mit der Auftragsbestätigung vom 5. Februar 1985 den Bauvertrag vom 15. Jänner 1985, ohne auf die Begrenzung der Pönaleforderung hinzuweisen, unterfertigt. Nach dem gesamten Beweisverfahren sei über eine Begrenzung der Pönaleforderung mit 5 % der Auftragssumme anläßlich der Vertragsverhandlungen zwischen den Streitteilen nicht gesprochen worden; diese sei auch in der Auftragsbestätigung vom 5. Februar 1985 schriftlich nicht festgehalten worden. Sittenwidrigkeit liege nur vor, wenn die Zahlung der Konventionalstrafe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführe oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte oder wenn schon bei einer nur geringfügigen Fristüberschreitung eine hohe Strafe verwirkt sein sollte. Es müßte ein offensichtlich unbegründeter Vermögensvorteil für den Gläubiger vorliegen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche oder gegen oberste Rechtsgrundsätze verstoße. In einem solchen Fall sei Teilnichtigkeit des den erlittenen Schaden unverhältnismäßig übersteigenden Teiles anzunehmen. Im vorliegenden Fall seien jedoch von der klagenden Partei Behauptungen darüber, daß die vereinbarte Konventionalstrafe ihre wirtschaftliche Existenz gefährden würde, nicht aufgestellt worden. Eine Vertragsstrafe sei jedoch mangels anderer Abrede nur dann zu entrichten, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder verspäteten Erfüllung ein Verschulden treffe. Dies gelte auch im Handelsrecht. Mangelndes Verschulden habe der Nichterfüllende zu behaupten und zu beweisen. Das Erstgericht habe angenommen, daß die klagende Partei an der Nichterfüllung des von der Firma Johann S*** zu erbringenden Leistungsteiles kein Verschulden treffe. Dazu reichten jedoch die erstgerichtlichen Feststellungen nicht aus. Die Fenster hätten zunächst von der Firma Johann S*** fertiggestellt werden sollen. Sei aber die Firma Johann S*** weiterhin mit der Montage beschäftigt gewesen und habe die beklagte Partei bereits am 24. Jänner 1985 erkennen können, daß die Einhaltung der zugesagten Fertigstellungstermine nicht möglich sein werde, so treffe die klagende Partei an der Verzögerung der Fertigstellung durch die Arbeiter der Firma Johann S*** kein Verschulden. Im fortgesetzten Verfahren seien Feststellungen zu treffen, ob der beklagten Partei bekannt gewesen sei, daß die ursprünglich von der Firma Johann S*** zu verrichtenden Bauarbeiten trotz Eröffnung des Konkurses und Erteilung des Auftrages an die klagende Partei weiterhin von Arbeitern der Firma Johann S*** weitergeführt werden sollten und ob der beklagten Partei erkennbar gewesen sei, daß diese Arbeiten nicht mehr zeitgerecht hätten durchgeführt werden können. Wenn daher der Fenstereinbau weiterhin einvernehmlich von Arbeitern der Firma Johann S*** durchgeführt worden sei, obwohl die beklagte Partei zum Zeitpunkt der Auftragsbestätigung hätte erkennen müssen, daß eine zeitgerechte Arbeitsdurchführung nicht mehr möglich sei, wäre der klagenden Partei der Nachweis ihres mangelnden Verschuldens gelungen. Gegen die Ansicht des Erstgerichtes, die klagende Partei hafte lediglich für

Auswahlverschulden, spreche nicht nur, daß die Firma Johann S*** von der beklagten Partei ausgewählt und bereits vor der klagenden Partei auf der Baustelle tätig gewesen sei, sondern auch die Tatsache, daß die Parteien eine Haftung der klagenden Partei für die Firma Johann S*** vereinbart hätten. Die klagende Partei habe nur einen Teil der Arbeiten ausführen wollen, sie sollte jedoch auch die Arbeiten der Firma Johann S*** in Rechnung stellen. Der Grund für diese Vereinbarung liege möglicherweise nur in der Übernahme der Gewährleistung. Dann hätte diese Vereinbarung aber keine Auswirkungen auf das Pönale, denn eine von der Firma Johann S*** verschuldete Verzögerung könne nicht ohne weiteres der klagenden Partei angelastet werden. Wie weit diese Haftung gehen sollte (nur beschränkt auf die Gewährleistung oder auch für das Pönale), werde im ergänzenden Verfahren zu klären sein. Im übrigen werde das Erstgericht noch konkretere Feststellungen darüber zu treffen haben, wann die mit 15. Februar 1985 terminisierte Fertigstellung der Fenster und der Fassade tatsächlich erfolgt sei. Das Erstgericht werde auch konkret festzustellen haben, welche Arbeiten nach dem 28. Juni 1985 verrichtet worden seien. Daß es sich dabei um vom Leistungsverzeichnis nicht umfaßte Nachtragsarbeiten gehandelt habe, lasse sich auf Grund der Feststellungen des Erstgerichtes nicht mit Sicherheit nachvollziehen. Es werden auch konkrete Feststellungen darüber zu treffen sein, auf Grund welcher Umstände das Vordach des Stiegenhauses 1 erst am 1. August 1985 fertiggestellt worden sei. Auch hiebei werde auf das Vorbringen der klagenden Partei, sie habe dieses Vordach nicht fertigstellen können, weil die bauseitigen Voraussetzungen nicht vorgelegen seien, einzugehen sein. Weiters werde auch der Widerspruch im Urteil über die Dauer der Verzögerung (50 oder 74 Arbeitstage) aufzuklären sein. Aus der zwischen den Streitteilen getroffenen Bauvereinbarung sei auch zu entnehmen, daß die Pönaleforderung von der Schlußrechnungssumme unter Berücksichtigung eines vereinbarten Nachlasses von 3 %, demnach ausgehend von einem Betrag von S 2,148.134,-- zuzüglich Umsatzsteuer und abzüglich der anteiligen Kosten für Baureinigung von S 18.734,--, berechnet werden sollte. Ob von dieser Summe die auf die Leistungen der Firma Johann S*** entfallenden Beträge (einschließlich der Rechnung der Firma M*** in der Höhe von S 7.920,--) abzuziehen seien, werde im ergänzenden Verfahren entsprechend begründet festzustellen sein.

Rechtliche Beurteilung

Die Rekurse der Streitteile sind im Ergebnis nicht berechtigt. Die erste Instanz traf die Beurteilung, daß die Pönalevereinbarung nicht mit 5 % der Auftragssumme begrenzt sei, ausschließlich auf Grund der vorgelegten Urkunden. Die klagende Partei berief sich zwar in ihrer Berufung darauf, daß die von ihr behauptete Begrenzung der Höhe der Vertragsstrafe sich auf Grund der im Verfahren einvernommenen Zeugenaussagen ergebe, das Berufungsgericht legte aber dar, daß das nicht zutrifft. Bei der allein auf Grund der vorgelegten Urkunden vorzunehmenden Beurteilung, ob eine Begrenzung des Höchstbetrages der Konventionalstrafe vereinbart worden sei, handelt es sich daher um eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

Den Ausführungen der klagenden Partei kann aber nicht gefolgt werden. Im August 1984 war ein Vertragsabschluß zwischen den Streitteilen nicht zustandegekommen. Die klagende Partei hatte zwar bei Übermittlung des Leistungsverzeichnisses den von der beklagten Partei ausgesandten Vordruck, in dem unter Punkt 4 Bestimmungen über eine Konventionalstrafe enthalten waren, verwendet, in ihrem Begleitschreiben vom 16. August 1984 aber darauf hingewiesen, daß das Pönale von ihr mit einem Ausmaß von 5 % der Auftragssumme begrenzt werde. Die beklagte Partei vergab aber die Arbeiten an die Firma Johann S***. Vertragsverhandlungen zwischen den Streitteilen fanden offenbar nicht statt. In dem von der klagenden Partei unterfertigten und mit Schreiben vom 5. Februar 1985 übermittelten Bauauftrag war unter Punkt 12 aber erneut eine Konventionalstrafenvereinbarung von 0,5 % der Schlußrechnungssumme je Arbeitstag Fristüberschreitung enthalten. Das Begleitschreiben der klagenden Partei enthielt ebenfalls keinen Hinweis, daß entgegen dem Wortlaut des von ihm unterfertigten Bauvertrages das Pönale etwa der Höhe nach begrenzt sein sollte.

Eine Konventionalstrafe, die nicht ausdrücklich auch für den Fall unverschuldeter Nichterfüllung vereinbart wurde, ist nur bei Verschulden zu bezahlen. Mangelndes Verschulden hat allerdings der Nichterfüllende zu behaupten und zu beweisen (SZ 54/4 mWN). Daß die Fristüberschreitung nicht auf ein Verschulden der klagenden Partei oder der Firma Johann S*** zurückzuführen wären, wurde von der klagenden Partei nicht behauptet. In dieser Richtung ist daher das Verfahren entgegen den vom Berufungsgericht erteilten Aufträgen nicht ergänzungsbedürftig.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zum Teil deshalb ab, weil es die Rechtsansicht vertrat, die klagende Partei treffe an Verzögerungen der Firma Johann S*** kein eigenes Verschulden. Für durch die Firma Johann S*** hervorgerufene Verzögerungen hafte sie aber nur dann, wenn sie an der Auswahl dieses Unternehmens ein

Verschulden treffe. Das Berufungsgericht teilte diese Ansicht zwar nicht, war aber der Meinung, der Grund der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung liege möglicherweise nur in der Frage der Gewährleistung für Mängel der Arbeiten der Firma Johann S***; ob eine darüber hinausgehende Haftung der klagenden Partei (für die Fristüberschreitungen durch die Firma Johann S***) bestehe, werde im ergänzenden Verfahren zu klären sein. Nach Ansicht des erkennenden Senates bedarf es aber auch hier keiner Verfahrensergänzung.

Wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird, ist Erfüllungsgehilfe. Auch selbständige Unternehmer können Erfüllungsgehilfen sein, wenn ihnen der Schuldner den Auftrag erteilt hat (JBl. 1986, 789 mwN). Eine Haftung bloß für Auswahlverschulden käme entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes nur in Betracht, wenn der Schuldner die Leistung nicht selbst auszuführen hat, sondern nur verpflichtet ist, eine Person auszuwählen, die die Leistung ausführen soll. Gleiches gilt für den Fall erlaubter Substitution (SZ 25/314). Bleibt der Unternehmer trotz Weitergabe von Arbeiten an Dritte alleiniger Vertragspartner, so sind die Dritten, deren er sich zur Erstellung des Werkes bedient, Erfüllungsgehilfen (JBl. 1986, 789 mwN). Die gesetzliche Haftung für den Erfüllungsgehilfen kann allerdings vertraglich beschränkt werden. Eine solche Haftungsbeschränkung muß im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung des Normzweckes der Bestimmung des § 1313 a ABGB angenommen werden. Dieser liegt darin, daß, wer den Vorteil der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, auch das Risiko tragen soll, daß an seiner Stelle der Gehilfe schuldhaft rechtlich geschützte Interessen des Gläubigers verletzt (Koziol, Österr. Haftpflichtrecht² II 336; Heinrichs in Palandt⁴⁷ 334; Hanau in Münchener Kommentar, § 278 BGB Rz 1); entscheidend ist, ob der Gehilfe bei der Verfolgung der Interessen des Schuldners tätig war,

d. h. ob er in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners und damit in seinen Risikobereich miteinbezogen wurde (Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 2, 6 zu § 1313 a; vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts¹⁴ I 297; Esser-Schmidt, Schuldrecht⁶ I 390). Nach dem vorliegenden Sachverhalt lag es im besonderen Interesse der beklagten Partei, den bereits durch die Eröffnung des Anschlußkonkurses über das Vermögen der Firma Johann S***, die von der beklagten Partei den Auftrag erhalten hatte, durch Verzögerung in der Fertigstellung des Zubaus abzusehenden Schaden so gering wie möglich zu halten. Im Interesse der beklagten Partei lag es daher, nicht nur einen Gewährleistungsträger für schon von der Firma Johann S*** durchgeführte Arbeiten zu finden, sondern auch zwecks Hintanhaltung weiterer Verzögerungen die Firma Johann S*** zur möglichst schnellen Vollendung der von ihr noch als Vertragspartner der beklagten Partei begonnenen Leistungen zu bringen. Eine unmittelbare Betrauung der Firma Johann S*** mit diesen Arbeiten wurde nicht in Betracht gezogen. Es wurden vielmehr die von der Firma Johann S*** zu vollendenden Leistungen in einen neu abzuschließenden Bauvertrag eingebaut. Daß dieser neu abzuschließende Bauvertrag die Rechtsstellung der Firma Johann S*** nur formell ändern sollte, zeigt sich am weiteren Ablauf des Geschehens. So hatte die Firma Johann S*** die Erfüllungshandlungen unabhängig von einem erst später erfolgten Vertragsabschluß zwischen den Streitteilen bereits am 21. Jänner 1985 zu beginnen. Als dies nicht geschah, wandte sich die beklagte Partei folgerichtig nicht an die klagende Partei, sondern an die Firma Johann S*** und teilte dieser

mit, daß seitens der beklagten Partei keinerlei Wert mehr auf die Erbringung der vereinbarten Leistungen gelegt werde. Der Masseverwalter antwortete darauf nicht, er sei gar nicht Vertragspartner der beklagten Partei, sie möge sich an die klagende Partei wenden, er wies vielmehr darauf hin, daß die Firma Johann S*** (und nicht die klagende Partei!) die Fertigstellung bis 15. Februar 1985 zugesagt habe; dies werde eingehalten, so daß der Vertragsrücktritt nicht zur Kenntnis genommen werden könne. Die Firma Johann S*** sollte auch nicht auf Grund vertraglicher Regelungen mit der klagenden Partei abrechnen, sondern auf Grund des seinerzeitigen Auftrages und des damaligen Leistungsverzeichnisses; nur die Zahlung habe "sinnvollerweise" an die klagende Partei, die die Leistungen der Firma Johann S***

berichtigen werde, zu erfolgen. Als sich später herausstellte, daß die Firma Johann S*** bei weitem nicht den zugesagten Fertigstellungstermin vom 15. Februar 1985 einhalten konnte, wurde anläßlich der 27. Baubesprechung vom 2. April 1985 von der beklagten Partei die klagende Partei, die wegen Verzögerungen der Firma Johann S*** die Fassade zur Durchführung weiterer Arbeiten noch nicht übergeben hatte können, nicht etwa mit der Geltendmachung von Pönaleforderungen konfrontiert; vielmehr ging selbst die beklagte Partei davon aus, daß in getrennten Gesprächen mit der klagenden Partei eine Terminvereinbarung zu treffen sei. All dies zeigt, daß Vertragsgrundlage des zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Bauvertrages die wegen der von ihr bereits begonnenen Arbeiten allein sinnvolle Weiterverwendung der Firma Johann S*** zwecks möglicher Hintanhaltung weiterer, nicht im Interesse der beklagten Partei gelegener Verzögerungen war. Aus mit dem Konkurs im Zusammenhang stehenden Gründen mußte die beklagte Partei damit rechnen, daß bei der Vollendung der von der Firma Johann S*** in Angriff genommenen Arbeiten weitere Verzögerungen auftreten könnten. Glaubte die beklagte Partei, durch die Einbindung der Firma Johann S*** in den mit der klagenden Partei abgeschlossenen Vertrag weitere Bauverzögerungen verhindern zu können, so lag die Weiterverwendung der Firma Johann S*** nunmehr formell als Erfüllungsgehilfe der klagenden Partei im ausschließlichen Interesse der beklagten Partei und damit in ihrem Risikobereich. Eine Behauptung, daß die klagende Partei etwa infolge mangelhafter Überwachung der Firma Johann S*** ein eigenes Verschulden treffe, wurde nicht aufgestellt. Soweit daher Verzögerungen ausschließlich auf das Verhalten der Firma Johann S*** zurückzuführen sind, kann die klagende Partei, soweit der Werklohn ihr selbst zusteht, eine Haftung für Forderungen aus Konventionalstrafen nicht treffen. Waren solche Verzögerungen Ursachen für einen verspäteten Baubeginn und damit auch für einen verspäteten Abschluß der von der klagenden Partei durchzuführenden Arbeiten, sind auch solche Verzögerungen der beklagten Partei zuzurechnen. Sie können daher als bauseitige Verzögerungen keine Grundlage für die Forderung der Bezahlung einer Konventionalstrafe bilden. Verzögerungen durch die Firma Johann S*** muß die klagende Partei im Prozeß nur insoweit gegen sich gelten lassen, als sie deren Forderungen vereinbarungsgemäß zwar selbst geltend machte, aber Leistungen der Firma Johann S*** verrechnete. Bis zur Höhe des Werklohnes der Firma Johann S*** muß sie sich das Pönale für auf das Verschulden der Firma Johann S*** zurückzuführende Fristüberschreitungen abziehen lassen. Grundlage der Berechnung der Vertragsstrafe ist die von beiden Seiten schließlich übereinstimmend angegebene Schlußrechnungssumme von S 2,577.761,-. Ob von dieser Bemessungsgrundlage die Beträge für die gegenverrechnete Tischlerrechnung und die anteiligen Reinigungskosten, wie dies die klagende Partei behauptet, abzuziehen sind, wird im ergänzenden Verfahren zu klären sein. Soweit die klagende Partei sich auf Sittenwidrigkeit der Vereinbarung der Vertragsstrafe beruft, kann ihr nicht gefolgt werden. Eine Konventionalstrafe wird in dem den tatsächlichen Schaden übersteigenden Teil dann als sittenwidrig beurteilt, wenn ihre Zahlung das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte (JBl. 1985, 547; MietSlg. 34.123; SZ 54/186; SZ 23/372; vgl. JBl. 1976, 487; Kramer in Straube, HGB, Rz 12 zu § 348); es muß ein offensichtlich unbegründeter Vermögensvorteil für den Gläubiger vorliegen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (JBl. 1985, 547; MietSlg. 34.123; SZ 23/372; Kramer aaO). Allein daraus, daß der verwirkte Vergütungsbetrag absolut oder in Relation zum Werklohn übermäßig hoch ist, kann noch nicht auf die teilweise Sittenwidrigkeit der Vereinbarung geschlossen werden (SZ 54/186; Kramer aaO; Harrer in Schwimann, ABGB, Rz 36 zu § 1336). Die Sittenwidrigkeit erblickte die klagende Partei in erster Instanz ausschließlich darin, daß die Konventionalstrafe rund 70 % der Auftragssumme erreiche und die klagende Partei einen Schaden nicht nachgewiesen habe. Da die Vereinbarung einer Konventionalstrafe gerade in Fällen erfolgt, in denen ein tatsächlich eingetretener Schaden durch den Auftraggeber nur schwer beweisbar ist, reicht dieses Vorbringen der klagenden Partei zur Dartuung der Sittenwidrigkeit nicht aus. Was die Dauer der Fristüberschreitungen betrifft, hielt das Berufungsgericht im tatsächlichen Bereich das Verfahren des Erstgerichtes für ergänzungsbedürftig. Dem kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegenreten. Was

den Endzeitpunkt der Fristüberschreitungen betrifft, wird allerdings auf den der Vereinbarung der Konventionalstrafe zugrundeliegenden Zweck abzustellen sein. Die beklagte Partei wollte sicherstellen, daß das von mehreren Unternehmen herzustellende Werk in einem Zug errichtet werden kann. Eine die Vertragsstrafe auslösende Fristüberschreitung liegt daher nur dann vor, wenn durch die verzögerte Fertigstellung eines Unternehmers ein anderer am Beginn oder an der Fortführung seiner Arbeiten gehindert worden wäre. Den Rekursen ist im Ergebnis nicht Folge zu geben. Das Verfahren vor dem Erstgericht wird sich auf die vom Obersten Gerichtshof aufgezeigten Punkte zu beschränken haben.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO.

Anmerkung

E14326

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1988:0010OB00566.88.0615.000

Dokumentnummer

JJT_19880615_OGH0002_0010OB00566_8800000_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