

Gerichtstyp **Datum**
OGH 20010129

Geschäftszahl
30b87/99m

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Mag. Harald J*****, Rechtsanwalt, ***** gegen die beklagte Partei A***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Ursula Schwarz, Rechtsanwältin in Bruck an der Mur, wegen 120.000,-- S sA, infolge der Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 26. November 1998, GZ 1 R 189/98s-36, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 7. Juli 1998, GZ 34 Cg 227/98h-29, infolge Berufung der beklagten Partei teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

1. Das angefochtene Urteil wird in seinem die Abweisung des Hauptklagebegehrens bestätigenden Teil als Teilurteil bestätigt.

Die Entscheidung über die auf diesen Anspruch entfallenden Verfahrenskosten bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

2. Im Übrigen, also in ihren Aussprüchen über das Eventualklagebegehren und die Verfahrenskosten, werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben. Die Sache wird in diesem Umfang an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die auf diesen Anspruch entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

In einem Schreiben an die Beklagte erklärte sich der Kläger (ein Rechtsanwalt) unter bestimmten Bedingungen bereit, einen Auftrag zum Einbau ("Austausch") von Fenstern in seinem Reihenhaus zu erteilen. Er übermittelte dieses Schreiben am 16. 5. 1996 per Fax an den Handlungsbevollmächtigten der Beklagten Werner H*****, der mit dem Kläger schon mehrfach Gespräche bezüglich des Fenstereinbaus geführt hatte. Mit Fax vom 17. 5. 1996 nahm der Handlungsbevollmächtigte das Anbot des Klägers an. Als Pauschalentgelt wurden 120.000,-- S inklusive Umsatzsteuer vereinbart. Unter anderem war im Punkt 4 des Schreibens des Klägers folgende Bestimmung enthalten. "Die Lieferung und die Montage erfolgt innerhalb eines Zeitraums von höchstens vier Kalendertagen und ist jedenfalls - einschließlich sämtlicher Nacharbeiten, Ausbesserungs- und Mängelbehebungsarbeiten - am Freitag, dem 12. Juli 1996 abgeschlossen. Wird dieser Fix-Fertigstellungstermin nicht eingehalten, verringert sich das vereinbarte Pauschalentgelt für jeden wenn auch nur begonnenen weiteren Kalendertag um zehn Prozent des ursprünglichen Pauschalentgelts. Der Beginn der Montagearbeiten ist zumindest eine

Woche vorher zu vereinbaren." Trotz dieser Vereinbarung wurden keinerlei Arbeiten vorgenommen.

Der Kläger beehrte 120.000,-- S sA, in eventu die Lieferung und Montage von wärmegeämmten Holz-Alufenstern laut Vertrag ohne Entgeltanspruch der Beklagten. Er habe dieser einen Auftrag zum Einbau von Fenstern erteilt. Dafür seien 120.000,-- S inklusive Umsatzsteuer vereinbart worden. Ferner habe er ein Pönale vereinbart für den Fall, dass der Fertigstellungstermin nicht eingehalten würde. Nach dieser Pönalevereinbarung solle sich der Werklohnanspruch der Beklagten um 10 % pro Verzugstag verringern. Die Beklagte müsse Anbot und Annahmeerklärung unmittelbar gegen sich gelten lassen, weil der Kläger aufgrund des äußeren Tatbestandes darauf vertrauen habe dürfen, dass Werner H***** nicht nur für das Einzelunternehmen, sondern auch für die beklagte GmbH bevollmächtigt gewesen sei, andernfalls der Kläger unverzüglich entsprechend darauf hingewiesen hätte werden müssen und darüber nicht im Irrtum belassen hätte werden dürfen.

Die Beklagte beantragte Abweisung des gesamten Klagebegehrens. Sie bestritt eine Auftragserteilung des Klägers sowohl an die Einzelfirma als auch an die GmbH. Hiezu brachte sie vor, Werner H***** habe lediglich das Einzelunternehmen, nicht jedoch die Beklagte vertreten. Das Einzelunternehmen sei im Jahr 1996 in die Beklagte eingebracht worden. Werner H***** sei auch nicht abschlussbevollmächtigt gewesen. Im Übrigen sei die in der Vereinbarung enthaltene Koventionalstrafe mit Sittenwidrigkeit behaftet, weil sie eine gröbliche Benachteiligung des Unternehmers bedeute und in einem auffallenden Missverhältnis zur Rechtsposition des Klägers stehe, wodurch der Vertrag absolut nichtig sei.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ab und verpflichtete die Beklagte - teilweise gemäß dem Eventualbegehren - binnen 14 Tagen im Reihenhaushaus des Klägers wärmegeämmte Alu-Holzfenster im Sinne des Auftrags/Vertrages laut Blg A und B (zu liefern und) zu montieren, wies jedoch das Mehrbegehren, dass der Beklagten für diese Leistung kein Entgeltanspruch zustehe, ab. Es stellte hiezu fest:

Franz M***** war Inhaber des gleichnamigen Einzelunternehmens, welches seit 1976 zu FN ***** beim Landesgericht Leoben registriert war und seinen Sitz in K***** hatte. Die Beklagte wurde am 31. 12. 1991 mit dem Firmenwortlaut A***** GesmbH und der Geschäftsanschrift S***** zu FN ***** beim Landesgericht Leoben eingetragen. Seit 14. 1. 1995 lautet ihre Firma wie jetzt. Ferner wurde die Geschäftsanschrift geändert und ist Franz M***** selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer. Mit Vertrag vom 4. 9. 1996 wurde sein Unternehmen zur Gänze mit allen Rechten und Verbindlichkeiten als Gesamtsache auf Grundlage der Schlussbilanz zum 31. 12. 1995 in die Beklagte eingebracht, wobei Einbringungsstichtag der 31. 12. 1995 war. In dieser Bilanz ist "offenbar" vom gegenständlichen Geschäftsfall nichts erhalten.

Die beklagte Partei war bis zum Einbringungsvertrag überhaupt nicht operativ tätig, sie hatte weder Mitarbeiter noch Kraftfahrzeuge oder dergleichen. Das Einzelunternehmen Franz M***** übte seine Tätigkeit bis September 1996 aus. Im August/September 1996 wurde Lieferanten und Vertretern, so auch Werner H*****, mitgeteilt, dass das Einzelunternehmen in die Beklagte eingebracht wurde. Mit H***** wurde aber nicht darüber gesprochen, dass er ab einem bestimmten Zeitpunkt für die Beklagte und nicht für das Einzelunternehmen tätig sein sollte. Werner H***** ist seit 15 Jahren für die "Alutechnik M*****" als selbständiger Handelsvertreter tätig und tritt im Geschäftsverkehr mit deren Namen auf, wobei Franz M***** bekannt ist,

dass Werner H***** im Verkehr mit Kunden diese Bezeichnung auf seinem Briefpapier sowie auch Stempel mit diesem Schlagwort benutzt. Werner H***** selbst war bis in das Jahr 1997 nicht bekannt, ob er für das Einzelunternehmen Franz M***** oder die Beklagte tätig war bzw ist, da er die Rechtsform des hinter "Alutechnik M*****" stehenden Unternehmens nicht kannte. Anfang September 1994 erhielt er einen Anruf der Gattin des Klägers, welche ihm mitteilte, Fenster für ihr Einfamilienhaus zu benötigen. Aufgrund dieses Anrufs erstellte er am 16. 9. 1994 ein Anbot, welches mit Alutechnik M***** überschrieben war und auf dem sich auch die Stampiglie "Alu M*****, Werner H*****" befand. Danach geschah zwei Jahre lang nichts. Erst am 14. 5. 1996 kam es wieder zu einem Kontakt zwischen dem Kläger und H*****. Anlässlich einer Baustellenbesichtigung am selben Tag kam es auf Basis des Offerts aus dem Jahr 1994 zu einer Einigung über ein Entgelt von 120.000,-- S für "Fenster laut Anbot". Der Kläger sprach nicht mit H***** darüber, für wen dieser tätig war. Dem Kläger war zum damaligen Zeitpunkt nicht bekannt, dass es mehrere Firmen mit dem Namensbestandteil M***** gab. Da das Unternehmen, für das H***** agierte, unter der Bezeichnung "Alutechnik M*****" im Geschäftsverkehr auftrat, suchte der Kläger unter dieser Bezeichnung im Firmenbuch. Dort schien nur die Beklagte auf. Anlässlich des Gesprächs auf der Baustelle vom 14. 5. 1996 fragte der Kläger Werner H*****, ob er abschlussberechtigt sei, was dieser bejahte. Daraufhin richtete der Kläger am 16. 5. 1996 an die Beklagte, zu Händen Herrn Werner H***** , ein Schreiben. Mit diesem Schreiben wollte er ein "Anbot zur Erteilung eines Vertrages" legen. Über das in Punkt 4 angeführte Pönale war vorher mit H***** noch nicht gesprochen worden. Bei der Adresse handelt es sich weder um jene der Beklagten, noch um jene des Einzelunternehmens Franz M*****, sondern "offenbar" um jene H*****s. Diesem fiel nicht auf, dass das Schreiben des Klägers an die Beklagte gerichtet war.

Mit Schreiben vom 17. 5. 1996 bedankte sich H***** für die Auftragserteilung und teilte dem Kläger mit, dass ein Mitarbeiter und er am 21. 5. 1996 die Naturmaße nehmen würden. Dieses Schreiben unterfertigte er wiederum mit dem Stempel Alu-M*****, Werner H***** und dem Zusatz "i.A. Werner H*****. Mit dem Einverständnis des Franz M***** durfte Werner H***** nicht nur auf die Art und Weise korrespondieren, wie er dies dem Kläger gegenüber tat, sondern er hatte auch so genannte Werkvertragsformulare zur Verfügung, welche den Aufdruck Alutechnik M***** oder ***** (Anschrift der Beklagten) tragen. Am Ende des Formulars befinden sich zwei Bereiche für Unterschriften, einer, wo der Kunde zu unterschreiben hat, und ein weiterer, unter dem "für die Firma Franz M*****" steht und auf dem H***** üblicherweise seinen Stempel mit Alutechnik M*****, Werner H*****" samt seiner Unterschrift anbringt. Eine gleichlautende Ausfertigung erhält üblicherweise der Kunde. Wie schon zuvor adressierte der Kläger auch ein Schreiben vom 22. 5. 1996, in welchem er die Besprechung vom selben Tag festhielt. Hinsichtlich der Fensterbretter war Einigung darüber erzielt worden, dass auch diese im vereinbarten Preis inkludiert sein sollten. H***** hatte von der "Firma M*****" den Auftrag, für den Fall einer Auftragserteilung eines Kunden die von dem Unternehmen hergestellten Werkvertragsformulare zu verwenden und vom Kunden unterschreiben zu lassen, da sonst kein Auftrag zustande kommen würde. Ein Auftrag wird von H***** dann an die Unternehmensleitung übersandt, welche eine Auftragsbestätigung an den Kunden ausstellt, falls sie mit dem Inhalt dessen, was auf dem Werkvertragsformular steht, einverstanden ist. Nachdem H***** am 21. 5. 1996 die Naturmaße genommen hatte, erschien er am 22. 5. 1996 mit einem Mann eines Unternehmens, das Rollläden herstellt, neuerlich beim Kläger. Gegenstand der Besprechung waren vom Kläger ins Auge gefasste Rollläden, wobei die Möglichkeit einer Fensterstockverbreiterung sowie die eines vorgesetzten Rollladens

besprochen wurde. Mit Schreiben vom 23. 5. 1996 teilte H***** dem Kläger mit, dass der Auftrag bis 12. 7. 1996 geliefert und fertiggestellt werden könnte, falls Klarheit über die Ausführung der oberen Stockverbreiterung wegen der Rollladenkästen bestehe, was bedeute, dass bis zur folgenden Woche über die Ausführung Bescheid gegeben werden müsse. Mit Fax vom 30. 5. 1996 übermittelte H***** dem Kläger Skizzen über zwei Varianten von Rollladenkästen, wobei bei einer Ausführung eine Stockverbreiterung erforderlich gewesen wäre, bei der anderen nicht. Mit Schreiben vom selben Tag deponierte der Kläger, dass die Lösung der Ausführung ohne Stockverbreiterung aus technischen Gründen nicht in Frage komme, weshalb nur jene mit der Stockverbreiterung verbleibe und nur noch die Dimension dieser Stockverbreiterung abzuklären wäre. Wie schon in einem vorangegangenen Schreiben vom 29. 5. 1996 wies der Kläger darauf hin, dass er nach wie vor keinen Kostenvoranschlag der Rollladenhersteller-Firma erhalten habe. Mit Schreiben vom 1. 6. 1996 teilte der Kläger mit, dass er mit der von H***** vorgeschlagenen Stockverbreiterung im für die Rollladenmontage erforderlichen Ausmaß einverstanden sei. Mit Schreiben vom 2. 6. 1996 kam er nochmals auf die Frage der Stockverbreiterung zurück, verwies auf eine bauseits bereits vorgesehene Nische und regte an zu überprüfen, ob diese Nische nicht die erforderliche Tiefe für die Aufnahme des Rollladenkastens habe und so die Stockverbreiterung entfallen könnte. Diese Mitteilung übergab H***** dem Mitarbeiter des Rollladenherstellerunternehmens, der für die Produktion der Fenster im Falle des Anbringens von Rollos genauere Details hätte haben müssen. Die abgenommenen Naturmaße hätten für die Produktion der Fenster jedoch ausgereicht, doch hätte sich das Maß der Fenster bei einer Ausführungsart mit Rollläden geändert. Die Fenster hätten innerhalb von 14 Tagen fertiggestellt sein können. Mit Schreiben vom 21. 6. 1996 teilte der Kläger H***** mit, er ersuche entgegen den bisherigen Überlegungen, keine Stockverbreiterung vorzusehen. Am 24. 6. 1996 fand eine Besprechung zwischen H***** und Franz M***** statt, anlässlich derer H***** Franz M***** auch die Korrespondenz des Klägers vorlegte. In einem Schreiben vom 24. 6. 1996 mit dem Briefkopf "Alutechnik M*****", verfasst von Franz M*****, wurde dem Kläger daraufhin mitgeteilt, dass nicht klar sei, ob er einen Auftrag erteilt habe oder nicht. Darin wurde ferner ausgeführt, es müsste vom Kläger ein Auftragsformular unterfertigt werden, anschließend müsste der Mitarbeiter der Rollladenfirma neuerlich zum Kläger kommen, um technische Probleme abzuklären, der Liefertermin vom 12. 7. 1996 sei nicht einzuhalten, weil eine technische Abklärung nicht vorliege. Ein Werkvertragsformular war dem Kläger bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht zur Unterfertigung vorgelegt worden. Mit Schreiben vom 27. 6. 1996 an die "Alutechnik M***** GmbH, *****" wies der Kläger darauf hin, dass er Werner H***** ausdrücklich gefragt habe, ob er Abschlussvollmacht habe, was von diesem bejaht worden sei, weshalb er mit ihm die Frage der Lieferung bis 12. 7. 1996 sowie den Preis erörtert habe. Danach habe er mit Schreiben vom 16. 5. 1996 ein Anbot zur Erteilung eines Auftrages an die Beklagte zu Händen von Werner H***** gerichtet, mit Fax vom 17. 5. 1996 habe die Beklagte durch ihren Handlungsbevollmächtigten H***** dieses Anbot angenommen, ohne auch nur irgendeinem Vertragspunkt zu widersprechen. Ferner erklärte sich der Kläger bereit, eine weitere Besichtigung der Örtlichkeit zu ermöglichen. Ohne auf die vom Kläger in seiner Korrespondenz angesprochene Rechtsposition und ohne auf die vom Kläger angesprochene Abschlussvollmacht des H***** für die Beklagte einzugehen, sowie ohne jegliche Reaktion auf die vom Kläger im Schreiben vom 21. 6. 1996 bestellte Ausführung ohne Stockverbreiterung schrieb Franz M***** am 28. 6. 1996 an den Kläger auf Briefpapier mit dem Kopf "Alutechnik M*****", dass Alutechnik M***** keinen Auftrag erhalten bzw akzeptiert habe und auch nicht für den Kläger tätig werde.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass nach dem Sachverhalt zwischen dem Kläger und Werner H***** nicht ausdrücklich darüber gesprochen worden sei, für wen H***** auftrete. Offenlegung sei jedoch auch durch schlüssiges Verhalten möglich. Aus der Tatsache, dass der Kläger seine Schreiben stets an die Alutechnik M***** GmbH zu Händen Herrn H***** adressierte und H***** auf diese Schreiben auch antwortete, sei für einen redlichen Erklärungsempfänger davon auszugehen, dass H***** im Namen der Alutechnik M***** GmbH tätig geworden sei. Hinsichtlich der Bevollmächtigung von H***** würde jedenfalls Anscheinsvollmacht vorliegen, weil er stets unter dem Schlagwort Alutechnik M***** den Kunden gegenüber aufgetreten und Franz M***** dem in Kenntnis dieser Umstände nicht entgegengetreten sei. Das Hauptbegehren sei jedoch abzuweisen, weil sich aus dem Vorbringen des Klägers kein Anhaltspunkt dafür ergebe, dass das Vertragsverhältnis nicht mehr aufrecht wäre. In einem solchen Fall hätte der Kläger jedoch lediglich den Erfüllungsanspruch. Der vom Kläger zitierte § 912 ABGB regle ausschließlich Nebengebühren. Der Hauptanspruch könne sich somit lediglich auf das eingeklagte Pönale beziehen. Ein solches in der Höhe von 10 % des vereinbarten Werklohnes pro Verzugstag mit dem Ergebnis, dass nach 12 (wohl gemeint: 10) Tagen Verzug der Werklohn null betrage, sei jedoch sittenwidrig. Selbst bei Gültigkeit des vereinbarten Pönales könne dies nach der Formulierung in Beilage A nicht zu einem Anspruch des Klägers führen, weil sich lediglich der vereinbarte Werklohn hätte mindern sollen. Aus diesem Grund sei das Hauptbegehren abzuweisen und dem Eventualbegehren mit der Einschränkung, dass die gewünschte Unentgeltlichkeit zu entfallen habe, stattzugeben.

Das Berufungsgericht gab der vom Kläger gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung nicht Folge. Hingegen gab es der Berufung der Beklagten Folge und änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass es auch das Eventualbegehren zur Gänze abwies. Es erklärte die Revision für zulässig, weil nach seiner Ansicht ein vergleichbarer Fall ("Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung, wonach der Werklohn bei einem Lieferverzug von ca sieben Wochen auf Null reduziert wird") - so weit überblickbar - vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden sei.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes. In rechtlicher Hinsicht führte es zur Berufung des Klägers aus, nach § 348 HGB könne eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen sei, nicht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB herabgesetzt werden. Dies schließe jedoch nicht aus, dass eine von einem Vollkaufmann versprochene Vertragsstrafe gegen die guten Sitten verstoße. Dazu genüge allerdings noch nicht die übermäßige Höhe der Strafe. Sittenwidrigkeit liege nur vor, wenn die Zahlung der Konventionalstrafe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könne, oder wenn schon bei nur geringfügiger Fristüberschreitung eine hohe Strafe verwirkt sein solle. Es müsse ein offensichtlich unbegründeter Vermögensvorteil für den Gläubiger vorliegen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkender widerspreche oder gegen oberste Rechtsgrundsätze verstoße. Wende man diese Grundsätze auf den hier zu beurteilenden Fall an, sei dem Erstgericht darin beizupflichten, dass die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung über die Minderung des Entgelts von 10 % des vereinbarten Werklohnes pro Verzugstag sittenwidrig sei. Das Ergebnis, dass nach 12 (richtig: 10) Tagen der Werklohn auf Null reduziert werde, widerspreche zweifellos dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Die Vereinbarung begründe "jedoch" keine Verpflichtung zur Zahlung einer Konventionalstrafe im Sinne des

§ 1336 Abs 1 ABGB, sondern stelle eine Vereinbarung auf (bedingte) Minderung des Werklohnes im Falle des Verzuges dar. Dem Erstgericht sei daher darin beizupflichten, dass sich daraus kein Zahlungsanspruch des Klägers ableiten lasse, weshalb das Hauptbegehren des Klägers nicht berechtigt sei.

Zum Eventualbegehren mache der Kläger geltend, dass dieses im vollen Umfang berechtigt sei, weil ihm ein Verspätungsschaden in der vereinbarten Höhe zustehe. Zwischen Verzugsbeginn (12. 7. 1996) und dem Schluss der Verhandlung in erster Instanz (26. 2. 1998) liege ein Zeitraum von 594 Tagen, sodass die vereinbarte Konventionalstrafe sogar dann verwirkt wäre, wenn anstelle von 10 % pro Tag nur 0,17 % pro Tag vereinbart worden wären. Selbst wenn man daher von einer Sittenwidrigkeit der Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe ausgehe, wäre nicht die gesamte Konventionalstrafe nichtig, sondern nur das die zulässige Höhe überschreitende Ausmaß. Dem Kläger sei darin beizupflichten, dass die Unangemessenheit einer Konventionalstrafe in der Regel nicht zum gänzlichen Wegfall der vereinbarten Konventionalstrafe, sondern nur zu einer richterlichen Mäßigung auf einen nicht gröblich benachteiligenden Betrag führe. Der Kläger habe sein Eventualbegehren dahin formuliert, dass er die Verpflichtung der Beklagten zur unentgeltlichen Durchführung der vereinbarten Leistung anstrebe. Dies hätte zur Folge, dass die Beklagte verpflichtet wäre, bei einem Verzug von ca sieben Wochen (zwischen 12. 7. 1996 und Klagseinbringung am 29. 8. 1996) die vorgesehene Leistung völlig unentgeltlich zu erbringen. Dies widerspräche jedoch dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Selbst bei einer Reduktion des vereinbarten Entgelts im Sinne einer richterlichen Mäßigung der vorgesehenen Entgeltminderung käme nur eine Teilreduktion, nicht jedoch eine Minderung mit der Folge der Unentgeltlichkeit in Betracht. Da das Eventualbegehren des Klägers jedoch auf die unentgeltliche Vornahme der vereinbarten Leistung durch die Beklagte abziele, sei diese nicht verhalten, sich diesem Begehren zu unterwerfen. Vielmehr entspreche das Eventualbegehren auch nicht der - um die Teilnichtigkeit reduzierten - Vereinbarung der Parteien laut Beilage A. Dies habe jedoch zur Folge, dass sich die Beklagte ab Klagszustellung nicht mehr im Verzug befunden habe, weshalb die Berechnungen des Klägers im Zusammenhang mit dem Verzugsbeginn 12. 7. 1996 und dem Schluss der Verhandlung in erster Instanz verfehlt seien.

Zur Berufung der Beklagten führte das Berufungsgericht aus, der Beklagten sei darin beizupflichten, dass der Kläger mit seinem Eventualbegehren eindeutig ("jedoch mit der Maßgabe, dass der beklagten Partei ein Entgeltanspruch nicht zusteht") auf eine unentgeltliche Vornahme der vereinbarten Leistung durch die Beklagte abziele. Die begehrte Unentgeltlichkeit der Ausführung des Werkvertrages stelle jedoch zu einer entgeltlichen Ausführung zweifelsfrei kein minus, sondern ein aliud dar. Da dem Kläger ein Anspruch auf unentgeltliche Leistungsvornahme durch den Beklagten nicht zustehe, sei das Eventualbegehren des Klägers zur Gänze abzuweisen.

Rechtssatz

Die gegen die zweitinstanzliche Entscheidung gerichtete Revision des Klägers ist entgegen der von der Beklagten in der Revisionsbeantwortung vertretenen Auffassung zulässig, weil die Entscheidung des Berufungsgerichtes von den Grundsätzen der Entscheidung SZ 56/62 abweicht; sie ist auch teilweise berechtigt.

Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass zwischen den Streitparteien aufgrund der von den Tatsacheninstanzen getroffenen -

für den Obersten Gerichtshof bindenden - Feststellungen ein Werkvertrag mit dem eingangs dargestellten Inhalt zustande kam, zumal die beklagte Partei auf ihren noch im Berufungsverfahren aufrechterhaltenen Einwand der mangelnden Passivlegitimation in der Revisionsbeantwortung nicht mehr zurückkommt und in diesem Schriftsatz selbst vom Bestand der Vereinbarung ausgeht.

In der Rechtsrüge wendet sich der Revisionswerber in erster Linie gegen die Qualifizierung der von den Vorinstanzen festgestellten Vereinbarung in Punkt 4 des Vertrages als "Preisminderung". Die Vereinbarung sei richtigerweise als Konventionalstrafenvereinbarung zu werten.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung stelle keine Vereinbarung über eine Konventionalstrafe im Sinne des § 1336 Abs 1 ABGB dar, sondern eine Vereinbarung auf (bedingte) Minderung des Werklohnes im Falle des Verzuges, kann nicht gefolgt werden. Gemäß § 1336 Abs 1 ABGB ist eine Konventionalstrafe eine zwischen den vertragsschließenden Teilen getroffene Übereinkunft, dass auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens anstatt des zu vergütenden Nachteiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle. Die Konventional(Vertrags)strafe ist somit ein pauschalierter Schadenersatz, der an die Stelle des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung, Verzuges oder Schlechterfüllung tritt (vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht 11 II 20). Die im Abs 1 enthaltenen Regeln über die Vertragsstrafe sind nicht zwingend und daher ist in erster Linie der Wille der Parteien maßgebend (EvBl 1990/22).

Dass es sich bei der gegenständlichen Vereinbarung nicht um eine Konventionalstrafe handelt, wurde im Verfahren erster Instanz nicht einmal von der Beklagten behauptet. Vielmehr führte diese schon in der Klagebeantwortung aus, dass "die im Punkt 4 (des Vertrages) enthaltene Konventionalstrafe ... mit Sittenwidrigkeit behaftet (sei)". Auch aus der Formulierung dieses Vertragspunktes kann nicht ohne weiteres abgeleitet werden, dass § 1336 Abs 1 ABGB nicht zur Anwendung gelangen soll. So ist es im Geschäftsverkehr absolut üblich, für Bauvorhaben Fixtermine zu vereinbaren und eine Pauschalentschädigung für Verspätungen festzulegen. Ob nun vereinbart wird, dass der Unternehmer bei Verzug einen bestimmten Betrag zu bezahlen hat, oder für seine Leistung in einem solchen Fall um einen bestimmten Betrag weniger Entgelt erhält, führt jeweils zum gleichen Ergebnis, nämlich dazu, dass Nachteile ausgeglichen werden, die dem Gläubiger aus der Vertragsverletzung - und zwar für jede Art der Nichterfüllung (vgl Reischauer in Rummel2, Rz 1 zu § 1336) - entstehen können und die Vertragsstrafe damit ein pauschalierter Schadenersatz ist, der anstelle des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung tritt (Koziol/Welser aaO mit Rechtsprechungsnachweisen). Für die Verpflichtung zur Bezahlung der Konventionalstrafe ist auch ein Nachweis der Höhe des wirklich eingetretenen Schadens nicht erforderlich. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bedarf die Konventionalstrafe nicht einmal des Nachweises des Eintrittes eines Schadens überhaupt (Reischauer aaO; HS 1716/31; SZ 54/46). Die Vertragsstrafe ist daher nicht mit einer Preisminderung gleichzusetzen, wenngleich sie allenfalls gegen das vertragliche Entgelt aufgerechnet werden kann (VwGH 26. 3. 1992, 90/16/0217 = AnwBl 1992/4305). Die Parteien haben somit im vorliegenden Fall, wie vom Revisionswerber zutreffend dargelegt, eine Konventionalstrafe vereinbart.

Dem Berufungsgericht ist beizupflichten, dass nach § 348 HGB eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines

Handelsgewerbes versprochen ist, nicht auf Grund der Vorschriften des § 1336 Abs 2 ABGB herabgesetzt werden kann. Dies schließt - wie das Berufungsgericht richtig beurteilt - jedoch nicht aus, dass eine von einem Vollkaufmann versprochene Vertragsstrafe gegen die guten Sitten verstoßen kann. Sittenwidrigkeit liegt nicht nur vor, wenn die Zahlung der Konventionalstrafe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte (5 Ob 683/79), sondern auch zB im Einzelfall bei unverhältnismäßiger Höhe der Konventionalstrafe (SZ 56/75). Jedenfalls müsste ein offensichtlich unbegründeter Vermögensvorteil für den Gläubiger vorliegen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht oder gegen oberste Rechtsgrundsätze verstößt (Kramer in Straube, HGB2 I Rz 12 zu § 348 mwN).

Im gegenständlichen Fall wurde dem Werkunternehmer die Verpflichtung übertragen, den Vertrag zu einem bestimmten Termin zu erfüllen, andernfalls er seinen Entgeltanspruch innerhalb kürzester Zeit (10 Tagen) zur Gänze verlieren würde. Als sittenwidrig kann dabei nicht schon die daraus ersichtliche Höhe des Pönales angesehen werden (vgl 1 Ob 566/88), sondern das mit dem Verlust des gesamten Entgeltanspruchs verbundene (Miss-)Verhältnis zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönaleschuldners, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge - bezogen auf den konkreten Fall - ein derart hoher Schaden auch nicht annähernd entstehen konnte, weshalb eine solche Vereinbarung dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen kann (SZ 56/62). Die vorliegende Vereinbarung der Konventionalstrafe ist daher dann als sittenwidrig gemäß § 879 Abs 1 ABGB anzusehen, wenn nach dem Vorgesagten dem Kläger ein derart hoher Schaden nicht annähernd entstehen konnte. Ist danach eine Konventionalstrafvereinbarung sittenwidrig, so bleibt sie in der Höhe wirksam, in der ein Verstoß gegen § 879 Abs 1 ABGB noch nicht zu erblicken ist (vgl SZ 56/62). Eine gröbliche Benachteiligung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (SZ 56/62). Wie schon oben ausgeführt soll die Konventionalstrafe Nachteile ausgleichen, die dem Gläubiger aus einer Vertragsverletzung entstehen können. Ihr primärer Zweck ist es daher, den Anspruch auf Ersatz des im Regelfall eintretenden Schadens zu pauschalisieren (JBl 1982, 431; EvBl 1979/170). Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist bei aus Verschulden des Werkunternehmers erfolgter Nichtlieferung des Werkes mit einem Schaden des Werkbestellers zu rechnen. Dieser muss sich zB bei einem anderen Unternehmen um gleichwertigen Ersatz umsehen, was zumindest zu einer Verzögerung führt und meist mit zusätzlichen Aufwendungen verbunden ist. Oft wird eine derartige Leistung auch nicht zu dem ursprünglich mit dem Vertragspartner vereinbarten Preis, sondern nur gegen höheres Entgelt zu bekommen sein.

Den Vorinstanzen ist nun darin beizupflichten, dass die vorliegende Konventionalstrafvereinbarung dem Kläger keinen primären Geldzahlungsanspruch (ohne Rücksicht auf die oder gar neben der Vertragserfüllung) gibt, sondern nur für die Minderung des Werkentgelts für die geschuldete Erbringung der Werkleistung maßgeblich ist. Das auf Zahlung gerichtete Hauptklagebegehren wurde sohin von den Vorinstanzen zutreffend abgewiesen, weshalb dieser Ausspruch des Berufungsgerichtes als Teilurteil zu bestätigen ist.

Die dargelegten Erwägungen erfordern indessen die Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile, soweit damit über das Eventualklagebegehren entschieden wurde. Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, ein teilweiser Zuspruch des Eventualklagebegehrens (Erfüllung des

Werkvertrags gegen ein um eine nicht sittenwidrige Konventionalstrafe vermindertes Entgelt) sei gegenüber dem erhobenen Eventualbegehren (Erfüllung des Werkvertrags mit der Maßgabe, dass der beklagten Partei ein Entgeltanspruch nicht zustehe) kein minus, sondern ein aliud, ist nicht beizupflichten. Aus dem Vorbringen des Klägers in erster Instanz ist nämlich nicht abzuleiten, er verfolge mit dem Eventualbegehren jedenfalls nur die kostenlose Vertragserfüllung und gebe sich mit einem Teilerfolg im oben dargestellten Sinn keineswegs zufrieden.

Im fortgesetzten Verfahren wird im Sinne der Grundsätze der Entscheidung SZ 56/62 in erster Linie zu klären sein, ob der pauschalierte Schadensbetrag vom durchschnittlichen, auf objektiver Grundlage zu erwartenden Schaden abweicht. Diesbezüglich wird den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben sein. Führen diese Beweisaufnahmen zur Beurteilung, dass die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB gegeben sind, bedeutet dies allerdings nicht den gänzlichen Wegfall der vereinbarten Konventionalstrafe. Die Konventionalstrafe ist dann vom Gericht in der Höhe festzusetzen, in der ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 879 Abs 1 ABGB noch nicht zu erblicken ist. Es entspricht ständiger, von der Lehre gebilligter Rechtsprechung, dass nach § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrige Vertragsklauseln (etwa Konkurrenzverbote oder die Dauer von Bierbezugsverträgen) inhaltlich auf ein nicht zu beanstandendes Maß zu reduzieren sind (SZ 56/62 mwN). Mit diesem Betrag wird dann das Entgelt festzusetzen sein, das der Beklagten bei Erfüllung des mit dem Kläger geschlossenen Werkvertrages gebührt.

Die Kostenentscheidung zum Teilurteil beruht auf § 392 Abs 2, § 52 Abs 2 ZPO, der Kostenvorbehalt hinsichtlich des Aufhebungsbeschlusses gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.