

# Pönale – gesetzliches und vertragliches Schadenersatzrecht

## 1. Gesetzliche Grundlage

Vertragsstrafen, auch Konventionalstrafen oder Pönale genannt, kommt in der Baupraxis große Bedeutung zu. Das ABGB regelt die Vertragsstrafe eingehend in § 1336 ABGB, wobei es die Vertragsstrafe in die schadenersatzrechtlichen Regelungen der Verschuldenshaftung einbettet. Es bestehen daher Zusammenhänge und Verbindungen mit dem sonstigen Schadenersatzrecht. Seit Inkrafttreten des Handelsrechts-Änderungsgesetzes (HaRÄG), BGBl I 2005/120, am 1. 1. 2007 gilt § 1336 ABGB sowohl für Nichtunternehmer als auch für Unternehmer.

In der ÖNORM B 2110<sup>1</sup> finden sich in Punkt 6.5.3 Regelungen zur Handhabung im Falle der Vereinbarung einer Vertragsstrafe.

## 2. Begrifflichkeit

Die Konventionalstrafe ist eine vertragliche Nebenabrede, die der Befestigung von vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten und der Erleichterung des Schadensnachweises durch Pauschalierung des künftig möglichen Schadens dient. Nach allgemeinem Schadenersatzrecht muss – neben den anderen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Schadenersatzanspruchs – der Schädiger nachweisen, dass ein Schaden eingetreten ist und wie hoch dieser ist. Dieses Erfordernis stellt eine gewisse Hürde für die Durchsetzung von Schadenersatzforderungen dar. Die Vertragsstrafe pauschaliert den Schadenersatz. Dadurch entfällt für den Geschädigten das Erfordernis, den Schaden und dessen Höhe nachzuweisen. Außerdem wird durch die Vertragsstrafe auf den Schuldner ein gewisser Druck ausgeübt, seine Leistung vertragskonform zu erbringen. Der Gläubiger erspart sich dadurch eine oft komplizierte Berechnung des im Einzelfall tatsächlich eingetretenen Schadens. Daneben dient die Vertragsstrafe auch dazu, entsprechend Druck auf den Schuldner auszuüben, vertragskonform zu erfüllen.<sup>2</sup> Alle (gültigen, das heißt rechtmäßigen) Vertragspflichten (Haupt- und Nebenpflichten) können unter Konventionalstrafe gestellt werden, so insbesondere der Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung. Hauptanwendungsfall im Bauvertrag ist die vertragliche Nebenpflicht, einen bestimmten Leistungstermin einzuhalten.

Der Eintritt eines Schadens ist nicht Voraussetzung für die Pönalepflicht. Dies ergibt sich nicht nur aus der Pauscha-

lierungsfunktion der Vertragsstrafe, sondern auch aus dem Wortlaut des § 1336 Abs 2 ABGB, der auch für diesen Fall das richterliche Mäßigungsrecht vorsieht.<sup>3</sup>

## 3. Akzessorietät zu einer gültigen Hauptverbindlichkeit

Die Vereinbarung einer Pönale, die ja den durch die Verletzung einer Hauptverbindlichkeit entstehenden Schaden pauschalieren und die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit absichern soll, setzt das gültige Entstehen dieser Hauptverbindlichkeit voraus. Voraussetzung für den Anfall der Pönale ist aber nur, dass die Hauptverbindlichkeit in der Vergangenheit wirksam entstanden ist und der Schuldner gegen die Hauptverbindlichkeit verstoßen hat. Nicht erforderlich ist, dass die Hauptverbindlichkeit weiterhin aufrecht ist.<sup>4</sup>

## 4. Nur bei Verschulden?

Die Konventionalstrafe ist die Vereinbarung pauschalierter Schadenersatzes. Daher sind die Grundsätze des Schadenersatzrechtes anzuwenden.

Die Konventionalstrafe gebührt daher grundsätzlich nur bei schuldhafter Vertragsverletzung. Zufällige Unmöglichkeit der Vertragserfüllung oder Behinderung durch den Gläubiger befreit den Schuldner auch von der Pönalepflicht.

Das Verschulden muss aber nicht vom Gläubiger bewiesen werden, vielmehr kann sich der Schuldner durch den Beweis der Schuldlosigkeit von der Pönale befreien (Entlastungsbeweis gemäß § 1298 ABGB). Dies gilt auch für den Entlastungsbeweis von grobem Verschulden.

Eine Pönalepflicht ohne Verschulden kann vereinbart werden, eine solche Vereinbarung müsste allerdings ausdrücklich getroffen werden.

Nach der herrschenden Lehre ist auch bei der Konventionalstrafe ein Mitverschulden des Gläubigers entsprechend § 1304 ABGB zu berücksichtigen.<sup>5</sup> Demnach ist bei Vorliegen eines Mitverschuldens des Gläubigers wie folgt vorzugehen:

Im Ausmaß der Verschuldensanteile ist zunächst der Pauschalbetrag der Konventionalstrafe entsprechend zu kürzen; der verbleibende Anteil ist dem nach allgemeinem Haftungsrecht (ebenfalls unter Berücksichtigung des Mitverschuldensanteils) ersatzfähigen Betrag gegenüberzu-

stellen. Besteht hier ein entsprechendes Übermaß, ist der gekürzte Pauschalbetrag wiederum gemäß § 1336 Abs 2 ABGB richterlich zu mäßigen.<sup>6</sup>

### 5. Behinderter Terminplan

Häufig werden Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung von Fertigstellungsterminen schlagend. Liegt die Ursache für die Verzögerung in der Sphäre des Auftraggebers, wird keine Pönale des Auftragnehmers ausgelöst. Je nach Ausmaß der vom Auftraggeber zu verantwortenden Verzögerung unterscheidet die Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsfolgen wie folgt:

- Fällt die Abweichung vom pönalisierten Terminplan infolge von Behinderungen durch den Werkbesteller nicht sonderlich ins Gewicht, bleibt die Pönalepflicht auch für die – wegen der Behinderung verlängerten – neuen Termine aufrecht.
- Wird hingegen der Zeitplan gänzlich über den Haufen geworfen, wird die Pönalisierung hinfällig; der revidierte Zeitplan müsste neuerlich pönalisiert werden.<sup>7</sup>

Umgeworfen wird ein Zeitplan, wenn der Unternehmer zu einer durchgreifenden Neuordnung der Werkerstellung gezwungen wird.<sup>8</sup>

Für eine Behinderung maßgeblich ist die Verletzung von Mitwirkungspflichten des Bestellers, (zB die Genehmigung von notwendigen und zumutbaren Leistungsänderungen).

### 6. Pönale neben Erfüllung?

Die Pönale ersetzt nur den Nichterfüllungsschaden, nicht aber die Erfüllungspflicht. Wenn die Vertragserfüllung noch nicht vereitelt ist, kann daher neben der Pönale auch noch Erfüllung des Vertrages verlangt werden,<sup>9</sup> es sei denn, die Vertragsstrafe wäre nur für den Fall der endgültigen Nichterfüllung vereinbart worden.

Der Vertrag kann diese Frage eigenständig regeln. Über die Vertragsauslegung könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass durch die Vertragsstrafe den Interessen des Gläubigers sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft ausreichend Rechnung getragen werde; diesfalls träte die Vertragsstrafe an die Stelle der weiteren Erfüllungspflicht.

Wenn die Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes vereinbart wurde<sup>10</sup> und bei Dauerschuldverhältnissen kann – wenn nichts anderes vereinbart wurde – neben der Pönale auch weitere Vertragserfüllung begehrt werden.

### 7. Wirkung der Pauschalierung

Die Pönale begrenzt als Pauschale den Schadenersatz, den der Gläubiger aus der Nichterfüllung der unter Pönale stehenden Vertragspflicht ohne Schadensnachweis fordern kann.

Die Pauschalierung bedeutet, dass der Gläubiger den Schaden nicht nachzuweisen braucht und er daher die Pönale auch dann erhält, wenn er überhaupt keinen Schaden erlitten haben sollte. Auch Nachteile, die nach allgemeinem Schadenersatzrecht nicht ersatzfähig wären, werden durch die Vertragsstrafe abgegolten.

Ist der tatsächliche Schaden höher als die Konventionalstrafe, kann der Gläubiger den Differenzbetrag geltend machen, muss dann aber die Schadenshöhe nachweisen. Beim Verbrauchergeschäft muss dieses Recht im Einzelnen ausgehandelt werden, wenn der Pönaleschuldner der Verbraucher ist. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in vorformulierten Verträgen genügt daher nicht.

### 8. Unwirksamkeit der Konventionalstrafe

Die Vertragsstrafe ist unwirksam, wenn sie

- nach § 864a ABGB als nicht vereinbart gilt, weil sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblätter an einer Stelle eingefügt wurde, an der mit einer solchen Klausel nicht gerechnet werden muss;
- nach § 879 Abs 3 ABGB, wenn die Vertragsstrafenvereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthalten ist und den Vertragsstrafenschuldner unter Berücksichtigung aller Umstände gröblich benachteiligt;
- für eine gesetz- oder sittenwidrige Vertragspflicht vereinbart wurde (siehe oben Punkt 3.);
- selbst sittenwidrig nach § 879 Abs 1 ABGB ist.

Letzteres wird insbesondere angenommen, wenn sie

- sie für den Schuldner bei Zahlung das wirtschaftliche Verderben herbeiführt (ruinös wirkt) oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigt (knebelnd wirkt);
- sie in auffallendem Missverhältnis zum Schaden steht und zu einem unbegründeten Vermögensvorteil des Gläubigers führt (etwa wenn schon bei einer nur geringfügigen Fristüberschreitung eine hohe Strafe verwirkt sein sollte).

Diese Voraussetzungen werden *ex ante* nach dem bei Vertragsschluss im Regelfall zu erwartenden Schaden beurteilt.

### 9. Wirkung der Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit führt nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Pönalvereinbarung, sondern zu einer geltungserhaltenden Reduktion auf die Höhe, bei welcher die Sittenwidrigkeit nicht mehr gegeben ist.<sup>11</sup>

Gegenüber Verbrauchern hat eine missbräuchliche Konventionalstrafenklausel gänzlich zu entfallen, diese ist also keiner geltungserhaltenden Reduktion zugänglich.<sup>12</sup>

## 10. Fälle der Unwirksamkeit

Nachfolgend finden sich Fälle, in denen die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenregelung ausgesprochen wurde:

- soweit durch die für die Nichterfüllung vereinbarte Konventionalstrafe das Recht des Masseverwalters, den Eintritt in einen zweiseitig verbindlichen und noch nicht vollständig erfüllten Vertrag abzulehnen oder einen Bestandvertrag vorzeitig aufzukündigen, beschränkt oder ausgeschlossen würde; Wirksamkeit daher nur bis zur Höhe des tatsächlich eintretenden Schadens;<sup>13</sup>
- die Vereinbarung, wonach ein Käufer nur gegen Abstandszahlung zurücktreten kann, wenn damit auch gerechtfertigte Rücktrittsgründe erfasst werden;<sup>14</sup>
- die Verringerung des vereinbarten Werklohns um 10 % pro begonnenem Verzugstag, weil der Werkunternehmer binnen kürzester Zeit (10 Tage) den gesamten Werklohnanspruch verlieren würde; sittenwidrig ist nicht die Höhe der Pönale *per se*, sondern das Missverhältnis zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönalschuldners;<sup>15</sup>
- die Vereinbarung einer in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Vermieters enthaltenen Verfallsklausel, der zufolge bei vorzeitiger Beendigung des Mietvertrages über eine Fernsprechnebenstelleneinrichtung durch den Mieter dieser sämtliche Mietzinse für die gesamte Laufzeit zu zahlen und die Anlage unverzüglich zurück zugeben hat;<sup>16</sup>
- die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch für unverschuldete Nicht- oder Schlechterfüllung, falls diesbezüglich nicht beide Vertragsparteien ungefähr gleich behandelt werden;<sup>17</sup> dies ist etwa der Fall, wenn der Lieferant bei unverschuldeter Unmöglichkeit aufseiten des Bestellers vom Vertrag zurücktreten und eine Vertragsstrafe verlangen kann, während der Besteller nur bei Vorliegen eines schweren Verschuldens des Lieferanten rücktrittsberechtigt ist.<sup>18</sup>

## 11. Fälle der Wirksamkeit

Nachfolgend finden sich Fälle, in denen die Wirksamkeit einer Vertragsstrafenregelung ausgesprochen wurde:

- eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsstrafenklausel, die sich am durchschnittlichen Schaden orientiert, der bei der betreffenden Vertragsverletzung nach Schätzung eines redlichen Beobachters normalerweise eintritt oder von diesem Maßstab nur unwesentlich abweicht;<sup>19</sup>
- eine Vertragsstrafe, die ein Baumeister, der einen Kran samt Kranführer vermietet, sich für den Fall versprechen lässt, dass der Mieter (ein Tiefbauunternehmen) den Kranführer, der noch dazu der Neffe des vermietenden Baumeisters ist, nach Ende des Mietvertrages bei sich weiter beschäftigt.<sup>20</sup>

## 12. Richterliches Mäßigungsrecht

Dieses kann der Schuldner bei überhöhter Konventionalstrafe ansprechen. Es ermöglicht dem Richter, die Konventionalstrafe auf ein billiges (das heißt gerechtes) Maß herabzusetzen; es liegt auf der Hand, dass eine Mäßigung unter den Betrag des tatsächlichen Schadens nicht gerecht wäre. Zur Abwehr einer zu starken Mäßigung ist daher der Schadensnachweis durch den Gläubiger anzutreten. Hier können aber auch sonst nicht ersatzfähige Nachteile ins Treffen geführt werden (zB ein ideeller oder mittelbarer Schaden).

Weitere Mäßigungskriterien sind zB eine wechselseitige Interessenabwägung (wirtschaftliches Interesse des Gläubigers an einer fristgerechten Erfüllung gegenüber Möglichkeit des Schuldners, fristgerecht zu leisten),<sup>21</sup> die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners<sup>22</sup> sowie Art und Ausmaß des Verschuldens an der Vertragsverletzung.<sup>23</sup>

Im Gegensatz zur Sittenwidrigkeit ist beim richterlichen Mäßigungsrecht von einer *Ex-post*-Betrachtung auszugehen.

Auf das richterliche Mäßigungsrecht kann ein Schuldner nicht im Vorhinein verzichten.<sup>24</sup> Der Ausschluss in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam.

Der im Zivilprozess auf Leistung einer Konventionalstrafe beklagte Schuldner trägt für die richterliche Mäßigung die Behauptungs- und Beweislast. Die Judikatur erleichtert dem Pönalschuldner die Behauptungslast jedoch insoweit, als nicht im Behaupten der Sittenwidrigkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung, sondern sogar im bloßen Bestreiten des geltend gemachten Anspruchs ein darin mitenthaltene Begehren auf Mäßigung gesehen wird.<sup>25</sup>

## 13. ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt die Pönale im Punkt 6.5.3. Zum Teil gibt die ÖNORM B 2110 die Gesetzeslage des ABGB wieder. Mit Geltung der ÖNORM B 2110 wird aber keine Vertragsstrafe in Kraft gesetzt. Vielmehr enthält die ÖNORM B 2110 wesentliche Problemlösungen und Ergänzungen zur gesetzlichen Normallage:

- **Berechnung nach Kalendertagen:** Punkt 6.5.3.2 der ÖNORM B 2110 legt fest, dass Pönalen im Regelfall nach Kalendertagen zu berechnen sind, und enthält darüber hinausgehende Berechnungsdetails. Diese Regelung setzt voraus, dass im Vertrag die Pönale pro Kalendertag vereinbart wird.
- **Deckelung:** Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 sieht weiters eine Deckelung der Vertragsstrafe mit 5 % der ursprünglichen Auftragssumme vor.
- **Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110** sieht vor, dass bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist die Pönalvereinbarung aufrechterhalten bleibt, wobei die neuen Termine durch die Pönale gesichert sind. Dabei sind die neuen pönalisierten Termine ausdrücklich als solche festzuhalten.

- **Punkt 12.3.2 der ÖNORM B 2110:** Ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden ist nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftragnehmers zu ersetzen.

### Anmerkungen:

- <sup>1</sup> ÖNORM B 2110: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 15. 3. 2013).
- <sup>2</sup> *Krejci*, Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag, *ecolex* 1993, 80.
- <sup>3</sup> *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 10 mwN.
- <sup>4</sup> *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 7.
- <sup>5</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1336 Rz 15; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup>, § 1336 Rz 14; *Danzl* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1336 Rz 11; *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 12.
- <sup>6</sup> *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 14.
- <sup>7</sup> OGH 27. 11. 2014, 2 Ob 176/14t.
- <sup>8</sup> OGH 23. 2. 1999, 1 Ob 58/98f.
- <sup>9</sup> OGH 3. 10. 1985, 7 Ob 632/85; 29. 5. 2001, 1 Ob 195/00h.
- <sup>10</sup> OGH 4. 10. 1989, 3 Ob 525/89.
- <sup>11</sup> *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 17.
- <sup>12</sup> OGH 29. 1. 2001, 3 Ob 87/99m, *ecolex* 2001/142 (*Wilhelm*).
- <sup>13</sup> OGH 14. 9. 1976, 5 Ob 304/76.
- <sup>14</sup> OGH 7. 6. 1978, 3 Ob 562/78.
- <sup>15</sup> OGH 29. 1. 2001, 3 Ob 87/99m.
- <sup>16</sup> OGH 17. 6. 1986, 2 Ob 535/86.
- <sup>17</sup> OGH 11. 7. 1979, 6 Ob 622/79, MietSlg 31.259.
- <sup>18</sup> OGH 6. 2. 1950, 2 Ob 251/49.
- <sup>19</sup> OGH 13. 4. 1983, 1 Ob 581/83.
- <sup>20</sup> OGH 21. 2. 1962, 6 Ob 500/61, EvBl 1962/307.
- <sup>21</sup> OGH 29. 6. 1999, 1 Ob 105/99v.
- <sup>22</sup> OGH 4. 4. 1990, 9 ObA 78/90 ua.
- <sup>23</sup> Siehe Anmerkung 22.
- <sup>24</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1336 Rz 12.
- <sup>25</sup> *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 1336 Rz 27 mwN.

### Korrespondenz:

Dr. Volker Mogel, LL.M. EUR  
Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG  
Kalchberggasse 1, 8010 Graz  
Tel.: 0316 / 83 05 50  
Fax: 0316 / 81 37 17  
E-Mail: volker.mogel@kcp.at