jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2000/12/19 1Ob170/00g

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.12.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Wilhelm N*****, Rechtsanwalt in Wien, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der H***** Gesellschaft mbH, wider die beklagten Parteien 1) M***** Aktiengesellschaft, *****, 2) Dr. Hans R*****, Rechtsanwalt in Wien, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der J. L. B***** Gesellschaft mbH, *****, 3) C***** Gesellschaft mbH, *****, und 4) S***** Gesellschaft mbH, *****, erst- und drittbeklagte Partei vertreten durch Putz & Partner, Rechtsanwälte in Wien, zweit- und viertbeklagte Partei vertreten durch Schuppich, Sporn & Winischhofer, Rechtsanwälte in Wien, wegen 9,184 Mio S sA infolge ordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 20. Mai 1999, GZ 1 R 74/99f-11, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 18. Juni 1999, GZ 1 R 74/99f-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16. November 1998, GZ 23 Cg 180/98s-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben, wobei das Ersturteil im Prozessrechtsverhältnis zwischen klagender und zweitbeklagter Partei nunmehr wie folgt zu lauten hat:

"Das Klagebegehren, es werde festgestellt, dass die von der klagenden Partei als gerichtlich bestellter Masseverwalter der Haustechnikanlagenerrichtung Gesellschaft m. b. H. geltend gemachte Forderung inklusive Zinsen und Kosten mit insgesamt 11,316.924,34 S im Konkurs der zweitbeklagten Partei als Konkursforderung zu Recht bestehe, wird abgewiesen."

Die klagende Partei ist schuldig, der erst- und drittbeklagten Partei die mit 43.090,68 S (darin 7.181,73 Umsatzsteuer) sowie der zweit- und viertbeklagten Partei die gleichfalls mit 43.090,68 S (darin 7.181,73 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die nun durch den Masseverwalter als Kläger vertretene Gemeinschuldnerin und die vier beklagten Formkaufleute waren zur Errichtung haustechnischer Anlagen des Wiener Allgemeinen Krankenhauses (AKH) zur Arbeitsgemeinschaft Heizung Lüftung Klima Neubau Allgemeines Krankenhaus Wien (im folgenden nur ARGE) zusammengeschlossen. Die ARGE nahm ihre Tätigkeit in den 70er Jahren auf und übergab das letzte Gewerk 1991. Anlässlich der Sitzung ihres Firmenrats am 3. 11. 1993 beschlossen die Gesellschafter zur Sicherstellung von Regressansprüchen wegen allfälliger verdeckter Mängel des erstellten Gewerks gegen den für die jeweiligen Mängel verantwortlichen Gesellschafter, dass alle Gesellschafter eine Bankgarantie in Höhe von 0,75 % der jeweiligen Nettoabrechnungssumme beizubringen

hatten. Diese Bankgarantien wurden bei einem Treuhänder hinterlegt. Am 16. 3. 1994 trafen die Streitteile die "Vereinbarung betreffend Absicherung künftiger Schadenersatzansprüche aus der ARGE ..." mit folgendem, hier wesentlichen Inhalt:

"1. Vorbemerkung

Die auf der Seite 3 dieser Vereinbarung angeführten ehemaligen

Partner der ARGE ... sind sich einig darüber, dass infolge der seit

Abschluss des ARGE-Vertrags geänderten Rechtsprechung zum Thema

"Gewährleistung in Konkurrenz zum Schadenersatz" über den

Gewährleistungszeitraum hinaus für den Auftraggeber, die ARGE ... der

Republik Österreich und der Gemeinde Wien, die Möglichkeit besteht, für in den nächsten 27 Jahren auftretende verborgene Mängel, die auf schuldhaftes Verhalten eines ARGE-Partners oder seines Subunternehmens oder Lieferanten zurückzuführen sind, Schadenersatz zu begehren. Wegen der Grösse des Bauvorhabens können solche Schäden beträchtlich sein; sie sind als Schäden am eigenen Gewerk durch die Haftpflichtversicherung nicht gedeckt.

2. Sicherstellung

Die ehemaligen Partner der ARGE ... kommen überein, sich gegenseitig gegen solche Schadenersatzansprüche in einem vernünftigen Mass abzusichern. Sie werden daher als Absicherung Bankgarantien oder Versicherungsbriefe in Höhe von 0,75 % der jeweiligen Netto-Auftragssumme für zunächst 5 Jahre ab dem 1.1.1994 zur Verfügung stellen.

3. Inanspruchnahme der Sicherstellung

3.1 Die vertragschliessenden Partner kommen überein, dass im Falle der Insolvenz oder der Liquidation eines Partners dessen Sicherstellung als pauschalierter Schadenersatz zu Gunsten der dann noch verbleibenden Partner verfällt. Diese Vertragsstrafe ist verschuldensunabhängig und unterliegt keinem richterlichen Mäßigungsrecht.

3.2. Die Partner kommen weiter überein, dass der weiter unten definierte Firmenrat durch Beschluss mit einfacher Mehrheit eine Verlängerung oder Verkürzung der Laufzeit der Bankgarantien oder Versicherungsbriefe beschließen kann. Falls ein Partner im Falle eines auf Verlängerung lautenden Beschlusses dennoch nicht bereit oder nicht in der Lage ist, auf die gesamte beschlossene verlängerte Frist seinen Anteil an Bankgarantien oder Versicherungsbriefen zu verlängern, so sind die Partner berechtigt, durch Beschluss des Firmenrats mit einfacher Mehrheit, wobei der betroffene Partner nicht mitstimmt, durch ihren Treuhänder die Sicherstellung dieses Partners in einen Barerlag zu wandeln; auch dieser verfällt im Falle einer Insolvenz oder Liquidation nach Maßgabe des Punktes 3.1.

3.3. Wird ein oder werden mehrere Partner rechtskräftig zum Ersatz eines Schadens verurteilt, der einem anderen Partner zuzuschreiben ist, und leistet der verursachende Partner trotz Streitverkündung und der Möglichkeit, im Prozess den Anspruch abzuwehren, keinen Schadenersatz an den oder die verurteilten Partner, kann seine Sicherstellung auf Grund eines Firmenratsbeschlusses mit einfacher Mehrheit (wobei der verursachende Partner nicht mitstimmt) ganz oder teilweise in Anspruch genommen werden. Die Zahlung erfolgt in diesem Fall an den oder die verurteilten Partner im Verhältnis des ihnen entstandenen Schadens.

Kann bei dem oder den Schadensverursachern weder aus der Sicherstellung, noch sonstwie zur Gänze Deckung erlangt werden, so tragen die verbleibenden Partner den ungedeckten Anteil des Schadens im Verhältnis ihres Anteils an der ehemaligen ARGE HLK AKH."

Nachdem über das Vermögen der (späteren) Gemeinschuldnerin mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 28. 11. 1995 der Konkurs eröffnet und der Kläger zum Masseverwalter bestellt worden war, nahmen die beklagten Parteien die von der nunmehrigen Gemeinschuldnerin in Auftrag gegebene Bankgarantie von 9,184 Mio S in Anspruch.

Der Kläger begehrte, die beklagten Parteien zur gesamten Hand zur Rückzahlung des von ihnen abgerufenen Garantiebetrags von 9,184 Mio S sA Zug um Zug gegen Übergabe einer Bankgarantie mit einem Höchstbetrag von 9,184 Mio S bei einer Laufzeit bis zum 31. 12. 1998 "oder einen allenfalls späteren Termin, wenn die Beklagten einen alle Arbeitsgesellschafter gleichmäßig treffenden Mehrheitsbeschluss über eine solche Verlängerung gefasst haben sollten", hilfsweise mit einer Laufzeit bis zum 31. 12. 2021, zu verurteilen. Nach Eröffnung des Anschlusskonkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 13. 9. 1999 änderte der

Kläger sein Leistungsbegehren gegen die zweitbeklagte Partei am 14. 6. 2000 in ein Feststellungsbegehren: Danach soll ausgesprochen werden, dass eine Forderung von 11,316.924,34 S als Konkursforderung im Konkurs der zweitbeklagten Partei zu Recht besteht. Die Änderung des Klagebegehrens wurde nach Einbringung der Revision und Anmeldung einer Forderung von 11,316.924,34 S (9,184 Mio S Kapital, 1,346.986,66 S Zinsen und 785.937,68 S an eigenen Prozesskosten aller drei Instanzen) im Konkurs der zweitbeklagten Partei vorgenommen. Deren Masseverwalter bestritt die angemeldete Forderung in der Prüfungstagsatzung zur Gänze. Mit Beschluss vom 26. 9. 2000 sprach das Erstgericht aus, dass das durch den Konkurs über das Vermögen der zweitbeklagten Partei unterbrochene Verfahren wiederaufgenommen werde. Der Kläger brachte vor, Punkt 3.1 der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 sei sittenwidrig und verschaffe den beklagten Parteien einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil, zumal auf Klagsseite ohnehin die Bereitschaft bestehe, konform mit den anderen ARGE-Partnern weiterhin Sicherheit durch die Beibringung entsprechender Bankgarantien zu leisten. Die vertragliche Regelung verletze überdies § 21 KO, weil sie dem Masseverwalter das Wahlrecht nehme, Verträge aufrecht zu erhalten oder von diesen zurückzutreten. Das begründe Nichtigkeit.Der Kläger begehrte, die beklagten Parteien zur gesamten Hand zur Rückzahlung des von ihnen abgerufenen Garantiebetrags von 9,184 Mio S sA Zug um Zug gegen Übergabe einer Bankgarantie mit einem Höchstbetrag von 9,184 Mio S bei einer Laufzeit bis zum 31. 12. 1998 "oder einen allenfalls späteren Termin, wenn die Beklagten einen alle Arbeitsgesellschafter gleichmäßig treffenden Mehrheitsbeschluss über eine solche Verlängerung gefasst haben sollten", hilfsweise mit einer Laufzeit bis zum 31. 12. 2021, zu verurteilen. Nach Eröffnung des Anschlusskonkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 13. 9. 1999 änderte der Kläger sein Leistungsbegehren gegen die zweitbeklagte Partei am 14. 6. 2000 in ein Feststellungsbegehren: Danach soll ausgesprochen werden, dass eine Forderung von 11,316.924,34 S als Konkursforderung im Konkurs der zweitbeklagten Partei zu Recht besteht. Die Änderung des Klagebegehrens wurde nach Einbringung der Revision und Anmeldung einer Forderung von 11,316.924,34 S (9,184 Mio S Kapital, 1,346.986,66 S Zinsen und 785.937,68 S an eigenen Prozesskosten aller drei Instanzen) im Konkurs der zweitbeklagten Partei vorgenommen. Deren Masseverwalter bestritt die angemeldete Forderung in der Prüfungstagsatzung zur Gänze. Mit Beschluss vom 26. 9. 2000 sprach das Erstgericht aus, dass das durch den Konkurs über das Vermögen der zweitbeklagten Partei unterbrochene Verfahren wiederaufgenommen werde. Der Kläger brachte vor, Punkt 3.1 der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 sei sittenwidrig und verschaffe den beklagten Parteien einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil, zumal auf Klagsseite ohnehin die Bereitschaft bestehe, konform mit den anderen ARGE-Partnern weiterhin Sicherheit durch die Beibringung entsprechender Bankgarantien zu leisten. Die vertragliche Regelung verletze überdies Paragraph 21, KO, weil sie dem Masseverwalter das Wahlrecht nehme, Verträge aufrecht zu erhalten oder von diesen zurückzutreten. Das begründe Nichtigkeit.

Die beklagten Parteien wendeten ein, sie hätten sich vertragsgemäß verhalten. Der abgerufene Garantiebetrag sei als Sicherstellung, gemessen an möglichen Schäden bei einer Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin von über 1,2 Milliarden S und der ARGE von insgesamt knapp 4 Milliarden S äußerst gering, also keinesfalls überhöht und daher jedenfalls angemessen. Angesichts bereits aufgetretener Mängel am Gewerk hätten sich die beklagten Parteien veranlasst gesehen, die Garantiebeträge auf 1,5 % der jeweiligen Nettoauftragssumme zu erhöhen, um nach ihren Erfahrungswerten gegen Ansprüche des Auftraggebers bzw bei der Durchsetzung von Regressansprüchen gegen ARGE-Partner abgesichert zu sein. Diese Anhebung der Garantiebeträge habe die Gemeinschuldnerin nicht mehr mitmachen können. Somit hätten die ARGE-Partner durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gemeinschulderin schon jetzt ein Vermögensnachteil erlitten. Gerade dafür habe zufolge Pkt. 3. 1. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 ein Ausgleich geschaffen werden sollen. Diese Vereinbarung verstoße nicht gegen § 21 KO. Sie erfülle nur ein gerechtfertigtes wechselseitiges Schutzinteresse der ARGE-Partner, allfällige Regressansprüche zumindest teilweise sicherzustellen. Bei der Gesellschaftsgründung sei keiner der Partner insolvenzgefährdet gewesen. In der erörterten Vereinbarung sei für keinen der Partner eine Ungleichbehandlung zu erblicken. Die vom Kläger angebotene Bankgarantie mit einer Laufzeit bis zum 31. 12. 1998 erfülle ihr Sicherungsbedürfnis nicht, weil künftig allenfalls auftretende Mängel nach Art und Ausmaß nicht absehbar seien. Sie könnten aufgrund von Mängeln, die die Gemeinschuldnerin verschuldet habe, auch erst lange Zeit nach Konkursbeendigung in Anspruch genommen werden. Dann fehlte es aber für den von ihnen zu finanzierenden Sanierungsaufwand an einem Deckungsfonds.Die beklagten Parteien wendeten ein, sie hätten sich vertragsgemäß verhalten. Der abgerufene Garantiebetrag sei als Sicherstellung, gemessen an möglichen Schäden bei einer Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin von über 1,2 Milliarden S und der ARGE von insgesamt knapp 4 Milliarden S äußerst gering, also keinesfalls überhöht und daher jedenfalls

angemessen. Angesichts bereits aufgetretener Mängel am Gewerk hätten sich die beklagten Parteien veranlasst gesehen, die Garantiebeträge auf 1,5 % der jeweiligen Nettoauftragssumme zu erhöhen, um nach ihren Erfahrungswerten gegen Ansprüche des Auftraggebers bzw bei der Durchsetzung von Regressansprüchen gegen ARGE-Partner abgesichert zu sein. Diese Anhebung der Garantiebeträge habe die Gemeinschuldnerin nicht mehr mitmachen können. Somit hätten die ARGE-Partner durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gemeinschulderin schon jetzt ein Vermögensnachteil erlitten. Gerade dafür habe zufolge Pkt. 3. 1. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 ein Ausgleich geschaffen werden sollen. Diese Vereinbarung verstoße nicht gegen Paragraph 21, KO. Sie erfülle nur ein gerechtfertigtes wechselseitiges Schutzinteresse der ARGE-Partner, allfällige Regressansprüche zumindest teilweise sicherzustellen. Bei der Gesellschaftsgründung sei keiner der Partner insolvenzgefährdet gewesen. In der erörterten Vereinbarung sei für keinen der Partner eine Ungleichbehandlung zu erblicken. Die vom Kläger angebotene Bankgarantie mit einer Laufzeit bis zum 31. 12. 1998 erfülle ihr Sicherungsbedürfnis nicht, weil künftig allenfalls auftretende Mängel nach Art und Ausmaß nicht absehbar seien. Sie könnten aufgrund von Mängeln, die die Gemeinschuldnerin verschuldet habe, auch erst lange Zeit nach Konkursbeendigung in Anspruch genommen werden. Dann fehlte es aber für den von ihnen zu finanzierenden Sanierungsaufwand an einem Deckungsfonds.

Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualbegehren ab. Seiner Ansicht nach ist die Vereinbarung vom 16. 3. 1994 nicht sittenwidrig, weil sie "eine uneingeschränkte Gleichbehandlung sämtlicher Parteien" vorsehe. Die beklagten Parteien hätten die Bankgarantie auch nicht zu Unrecht in Anspruch genommen, weil der insolvente ARGE-Partner nach dem unmissverständlichen Vertragsinhalt gerade keine Wahlmöglichkeit habe, "den Verfall durch konformes Beibringen weiterer Bankgarantien zu vermeiden". Der Garantiebetrag sei auch nicht das "Maximum der potentiellen Verbindlichkeiten". Bei einer Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin von mehr als 1,2 Milliarden S und einem Haftungszeitraum von noch weit mehr als 20 Jahren sei vielmehr keineswegs ausgeschlossen, dass die beklagten Parteien wegen allfälliger noch unbekannter Mängel des Gewerks der Gemeinschuldnerin für einen Verbesserungsaufwand und Mangelfolgeschäden würden einstehen müssen, die den Garantiebetrag um ein Vielfaches überstiegen. Die bloße Aufrechterhaltung einer "betragsmäßig weit unter dem potentiellen Schaden liegenden Bankgarantie" würde die beklagten Parteien erheblich schlechter stellen. Von einem unbegrenzt regresspflichtigen ARGE-Partner, der sein Unternehmen noch betreibe, könne erwartet werden, dass er den Garantiebetrag übersteigende Verbindlichkeiten erfüllen und seinen Aufwand durch selbst durchgeführte Sanierungsmaßnahmen gering halten werde. Demzufolge seien die beklagten Parteien auch ohne einen Schadenseintritt am Gewerk benachteiligt, weil der - allenfalls aus wirtschaftlichen Erwägungen über die Risikoabdeckung - gebotenen Vorsorge bloß ein mit dem jeweiligen Garantiebetrag begrenzter, möglicherweise beträchtlich hinter künftigen Regressforderungen zurückbleibenden Haftungsfonds zugrunde liege. Das beeinträchtige wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten und bewirke für sich einen durch die Insolvenz der Gemeinschuldnerin verursachten Schaden. Dessen Pauschalierung mit 0,75 % der Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin und die vertragsgemäße Inanspruchnahme der auch für den Insolvenzfall bestellten Bankgarantie begegne somit keinerlei Bedenken. § 21 KO sei nur auf synallagmatische Sachleistungsverträge anwendbar. Solche seien durch das Entstehen von Rechten und Pflichten auf beiden Seiten gekennzeichnet. Im Anlassfall könne nicht gesagt werden, dass die Hauptleistungspflicht der einen Seite als Gegenleistung für die Hauptleistungspflicht der anderen Seite gedacht gewesen sei. Somit komme § 21 KO nicht zum Tragen.Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualbegehren ab. Seiner Ansicht nach ist die Vereinbarung vom 16. 3. 1994 nicht sittenwidrig, weil sie "eine uneingeschränkte Gleichbehandlung sämtlicher Parteien" vorsehe. Die beklagten Parteien hätten die Bankgarantie auch nicht zu Unrecht in Anspruch genommen, weil der insolvente ARGE-Partner nach dem unmissverständlichen Vertragsinhalt gerade keine Wahlmöglichkeit habe, "den Verfall durch konformes Beibringen weiterer Bankgarantien zu vermeiden". Der Garantiebetrag sei auch nicht das "Maximum der potentiellen Verbindlichkeiten". Bei einer Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin von mehr als 1,2 Milliarden S und einem Haftungszeitraum von noch weit mehr als 20 Jahren sei vielmehr keineswegs ausgeschlossen, dass die beklagten Parteien wegen allfälliger noch unbekannter Mängel des Gewerks der Gemeinschuldnerin für einen Verbesserungsaufwand und Mangelfolgeschäden würden einstehen müssen, die den Garantiebetrag um ein Vielfaches überstiegen. Die bloße Aufrechterhaltung einer "betragsmäßig weit unter dem potentiellen Schaden liegenden Bankgarantie" würde die beklagten Parteien erheblich schlechter stellen. Von einem unbegrenzt regresspflichtigen ARGE-Partner, der sein Unternehmen noch betreibe, könne erwartet werden, dass er den Garantiebetrag übersteigende Verbindlichkeiten erfüllen und seinen Aufwand durch selbst durchgeführte Sanierungsmaßnahmen gering halten werde. Demzufolge seien die beklagten Parteien auch ohne einen

Schadenseintritt am Gewerk benachteiligt, weil der - allenfalls aus wirtschaftlichen Erwägungen über die Risikoabdeckung - gebotenen Vorsorge bloß ein mit dem jeweiligen Garantiebetrag begrenzter, möglicherweise beträchtlich hinter künftigen Regressforderungen zurückbleibenden Haftungsfonds zugrunde liege. Das beeinträchtige wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten und bewirke für sich einen durch die Insolvenz der Gemeinschuldnerin verursachten Schaden. Dessen Pauschalierung mit 0,75 % der Nettoauftragssumme der Gemeinschuldnerin und die vertragsgemäße Inanspruchnahme der auch für den Insolvenzfall bestellten Bankgarantie begegne somit keinerlei Bedenken. Paragraph 21, KO sei nur auf synallagmatische Sachleistungsverträge anwendbar. Solche seien durch das Entstehen von Rechten und Pflichten auf beiden Seiten gekennzeichnet. Im Anlassfall könne nicht gesagt werden, dass die Hauptleistungspflicht der einen Seite als Gegenleistung für die Hauptleistungspflicht der anderen Seite gedacht gewesen sei. Somit komme Paragraph 21, KO nicht zum Tragen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, es sei keines der Merkmale, die die Rechtsprechung für die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung über den Verfall einer Konventionalstrafe entwickelt habe, verwirklicht. Die beklagten Parteien hätten sich mit Hilfe der Regelung in Pkt. 3. 1. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 keinen offenkundig ungerechtfertigten Vermögensvorteil ohne jede Gegenleistung verschafft. Rechtsgeschäftlicher Wille sei es vielmehr gewesen, sich (auch) für den Insolvenzfall eines Partners "zumindest dessen im Wege der Bankgarantie erlegte Sicherstellung als Äquivalent für die mögliche Solidarhaftung der verbleibenden Vertragspartner während der Verjährungszeit zu erhalten". Die Vereinbarung des Verfalls einer Konventionalstrafe wegen unverschuldeter Nichterfüllung - hier durch den Entfall der Haftung eines Vertragspartners für einen seine Sicherstellung übersteigenden Aufwand zur Behebung allfälliger, noch verborgener Mängel des Gewerks oder zur Deckung von Mangelfolgeschäden - sei unbedenklich. Eine Konventionalstrafe könne als pauschalierter Schadenersatz grundsätzlich auch ohne den Eintritt eines wirklichen Schadens verfallen. Die vom Kläger angebotene Bankgarantie namens der Gemeinschuldnerin mit einer Laufzeit bis 2002 bzw 2021 widerspreche schon bei einfacher Auslegung dem Willen der Vertragsparteien, sodass eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne des Prozessstandpunkts des Klägers nicht in Betracht komme. Es sei kein Grund zu sehen, weshalb die ARGE-Partner die erörterte Vereinbarung nicht hätten schließen dürfen, wären doch sonst Regressforderungen gegen einen insolvent gewordenen Partner reine Konkursforderungen, die erfahrungsgemäß keine Deckung fänden. Gesellschaftsverträge entbehrten der für synallagmatische Sachleistungsverträge typischen Merkmale bestimmter Hauptleistungspflichten im Austauschverhältnis. Solche Verträge seien vielmehr mehrseitige Rechtsgeschäfte, die dem Zusammenschluss mehrerer Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks dienten. § 21 KO gelte dagegen nur für synallagmatische Sachleistungsverträge. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil sich der Oberste Gerichtshof bisher noch nicht mit einem vergleichbaren Fall befasst habe.Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, es sei keines der Merkmale, die die Rechtsprechung für die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung über den Verfall einer Konventionalstrafe entwickelt habe, verwirklicht. Die beklagten Parteien hätten sich mit Hilfe der Regelung in Pkt. 3. 1. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 keinen offenkundig ungerechtfertigten Vermögensvorteil ohne jede Gegenleistung verschafft. Rechtsgeschäftlicher Wille sei es vielmehr gewesen, sich (auch) für den Insolvenzfall eines Partners "zumindest dessen im Wege der Bankgarantie erlegte Sicherstellung als Äquivalent für die mögliche Solidarhaftung der verbleibenden Vertragspartner während der Verjährungszeit zu erhalten". Die Vereinbarung des Verfalls einer Konventionalstrafe wegen unverschuldeter Nichterfüllung - hier durch den Entfall der Haftung eines Vertragspartners für einen seine Sicherstellung übersteigenden Aufwand zur Behebung allfälliger, noch verborgener Mängel des Gewerks oder zur Deckung von Mangelfolgeschäden - sei unbedenklich. Eine Konventionalstrafe könne als pauschalierter Schadenersatz grundsätzlich auch ohne den Eintritt eines wirklichen Schadens verfallen. Die vom Kläger angebotene Bankgarantie namens der Gemeinschuldnerin mit einer Laufzeit bis 2002 bzw 2021 widerspreche schon bei einfacher Auslegung dem Willen der Vertragsparteien, sodass eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne des Prozessstandpunkts des Klägers nicht in Betracht komme. Es sei kein Grund zu sehen, weshalb die ARGE-Partner die erörterte Vereinbarung nicht hätten schließen dürfen, wären doch sonst Regressforderungen gegen einen insolvent gewordenen Partner reine Konkursforderungen, die erfahrungsgemäß keine Deckung fänden. Gesellschaftsverträge entbehrten der für synallagmatische Sachleistungsverträge typischen Merkmale bestimmter Hauptleistungspflichten im Austauschverhältnis. Solche Verträge seien vielmehr mehrseitige Rechtsgeschäfte, die dem Zusammenschluss

mehrerer Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks dienten. Paragraph 21, KO gelte dagegen nur für synallagmatische Sachleistungsverträge. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil sich der Oberste Gerichtshof bisher noch nicht mit einem vergleichbaren Fall befasst habe.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil zur Erlaubtheit von Vereinbarungen über Konventionalstrafen im Gesellschaftsverhältnis, die als Verfallstatbestand die Konkurseröffnung über das Vermögen von Gesellschaftern vorsehen, Stellung zu nehmen ist; sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Soweit der Kläger in der Revision zur Vermeidung von Wiederholungen auf Teile seiner Berufungsausführungen verweist, ist bloß die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Unbeachtlichkeit solcher Verweisungen, die einen Inhaltsmangel der Revision darstellen, in Erinnerung zu rufen (1 Ob 117/00p; 1 Ob 148/99t; MietSlg 51.738; SZ 69/209; ZVR 1993/137; SZ 53/89). Ein solcher Inhaltsmangel ist überdies nicht verbesserungsfähig (SZ 69/209).

2. Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei kann gegen sie während des Insolvenzverfahrens kein Leistungsurteil erwirkt werden. Der Kläger stellte daher das bisherige Leistungsbegehren zu Recht auf ein Feststellungsbegehren um, wird doch durch die Aufnahme des zunächst infolge Konkurseröffnung unterbrochenen Verfahrens der bisherige Leistungsprozess gemäß § 113 KO zu einem Prüfungsprozess nach § 110 KO. Die deshalb notwendige Klageänderung ist ohne Bedachtnahme auf die sonstigen Voraussetzungen einer derartigen Prozesshandlung zulässig. Sie ist auf Antrag oder auch von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens, also auch noch im Revisionsstadium vorzunehmen. In gleicher Weise geht die Parteistellung des Gemeinschuldners auf den Masseverwalter über (8 ObA 134/99k; EvBl 1999/34; ÖBA 1997, 632; ZIK 1997, 20). Die Umstellung des Klagebegehrens hat auch dann zu erfolgen, wenn es der Abweisung verfällt (4 Ob 64/85). Danach ist nicht mehr über ein Leistungs-, sondern über das konkursrechtliche Feststellungsbegehren zu entscheiden und die bisherige Bezeichnung der zweitbeklagten Partei auf den Masseverwalter im Konkurs der nunmehrigen Gemeinschuldnerin umzustellen. Die im konkursrechtlichen Prüfungsprozess geltend gemachte Forderung ist augenscheinlich mit der des vorherigen Leistungsprozesses identisch (siehe zum Identitätserfordernis etwa SZ 71/200). Was die im Konkurs angemeldeten und in diesem Rechtsstreit verzeichneten Prozesskosten der klagenden Partei aller drei Instanzen betrifft, kommt ihnen die Eigenschaft einer durch den Prozesserfolg bedingten Konkursforderung bereits mit Vornahme der einzelnen Prozesshandlungen zu (ZIK 1997, 102; SZ 67/134). Bis zum Tag der Konkurseröffnung abgereifte Zinsen dürfen kapitalisiert werden (8 ObA 134/99k). Welcher Zeitpunkt dafür im Falle des Anschlusskonkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei maßgebend ist und ob die schon mit der ursprünglichen Leistungsklage geltend gemachten Zinsen richtig kapitalisiert wurden, muss bei Prüfung der Identität der im Konkurs angemeldeten mit der schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeklagten Forderung nicht erörtert werden. Das ist eine Frage der Berechtigung dieses Teils des geänderten Klagebegehrens, war doch mit dem ursprünglichen Leistungsbegehren ein Zinsenanspruch von 5 % ab 23. 3. 1996 - also ab einem Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens - verknüpft.2. Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei kann gegen sie während des Insolvenzverfahrens kein Leistungsurteil erwirkt werden. Der Kläger stellte daher das bisherige Leistungsbegehren zu Recht auf ein Feststellungsbegehren um, wird doch durch die Aufnahme des zunächst infolge Konkurseröffnung unterbrochenen Verfahrens der bisherige Leistungsprozess gemäß Paragraph 113, KO zu einem Prüfungsprozess nach Paragraph 110, KO. Die deshalb notwendige Klageänderung ist ohne Bedachtnahme auf die sonstigen Voraussetzungen einer derartigen Prozesshandlung zulässig. Sie ist auf Antrag oder auch von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens, also auch noch im Revisionsstadium vorzunehmen. In gleicher Weise geht die Parteistellung des Gemeinschuldners auf den Masseverwalter über (8 ObA 134/99k; EvBl 1999/34; ÖBA 1997, 632; ZIK 1997, 20). Die Umstellung des Klagebegehrens hat auch dann zu erfolgen, wenn es der Abweisung verfällt (4 Ob 64/85). Danach ist nicht mehr über ein Leistungs-, sondern über das konkursrechtliche Feststellungsbegehren zu entscheiden und die bisherige Bezeichnung der zweitbeklagten Partei auf den Masseverwalter im Konkurs der nunmehrigen Gemeinschuldnerin umzustellen. Die im konkursrechtlichen Prüfungsprozess geltend gemachte Forderung ist augenscheinlich mit der des vorherigen Leistungsprozesses identisch (siehe zum Identitätserfordernis etwa SZ 71/200). Was die im Konkurs angemeldeten und in diesem Rechtsstreit verzeichneten Prozesskosten der klagenden Partei aller drei Instanzen betrifft, kommt ihnen die Eigenschaft einer durch den Prozesserfolg bedingten Konkursforderung bereits mit Vornahme der einzelnen Prozesshandlungen zu (ZIK 1997, 102; SZ 67/134). Bis zum Tag der Konkurseröffnung abgereifte Zinsen dürfen kapitalisiert werden (8 ObA 134/99k). Welcher Zeitpunkt dafür im Falle des

Anschlusskonkurses über das Vermögen der zweitbeklagten Partei maßgebend ist und ob die schon mit der ursprünglichen Leistungsklage geltend gemachten Zinsen richtig kapitalisiert wurden, muss bei Prüfung der Identität der im Konkurs angemeldeten mit der schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeklagten Forderung nicht erörtert werden. Das ist eine Frage der Berechtigung dieses Teils des geänderten Klagebegehrens, war doch mit dem ursprünglichen Leistungsbegehren ein Zinsenanspruch von 5 % ab 23. 3. 1996 - also ab einem Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens - verknüpft.

3. Der erkennende Senat sprach in der Entscheidung 1 Ob 105/99v (= RdW 2000, 21) aus, der Eintritt eines materiellen Schadens sei keine Voraussetzung für den Verfall einer Konventionalstrafe, sei doch deren Grundlage gerade dann, wenn sie (nicht bloß sekundär auch) der Befestigung bzw Verstärkung übernommener Vertragspflichten diene, der bei einer ex-ante-Betrachtung als möglich denkbare Schaden. Eine solche Konventionalstrafe bezwecke eben nicht nur den vereinfachten Ausgleich der durch eine Vertragsverletzung entstandenen oder aufgrund bekannter Umstände des jeweiligen Einzelfalls (möglicherweise) noch entstehenden - materiellen und immateriellen - Gläubigernachteile, sondern gleichermaßen auch den rechtlich schutzwürdigen zusätzlichen Erfüllungsdruck im Gläubigerinteresse. Dieser Druck solle schon jene Gefahren einer konkreten Schädigung des Gläubigers abwenden, die bei einer ex-ante-Betrachtung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls als Folge der Nichterfüllung bzw nicht gehörigen Erfüllung der maßgeblichen Vertragspflicht typisch seien. Insofern sei also nur das mögliche und nicht das tatsächliche Interesse an der Vertragserfüllung ausschlaggebend. Deshalb habe sich in solchen Fällen die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Konventionalstrafe in Ermangelung eines Schadenseintritts auf den Zeitpunkt deren Vereinbarung und auf den damals als Folge einer allfälligen Vertragsverletzung möglichen Schaden zu beschränken. Vor diesem dogmatischen Hintergrund sei jene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs konsequent, nach der die Frage nach der Höhe eines wirklichen Schadens - als sonst bedeutsame Determinante einer bestimmten Mäßigungsgrenze und -relation - nicht von Belang sei, wenn ein solcher Gläubigernachteil nicht feststehe. Eine wirksame Sicherung erheblicher wirtschaftlicher Interessen setze den durch eine hohe - im Falle einer Vertragsverletzung auch realisierbare - Vertragsstrafdrohung bewirkten Erfüllungsdruck voraus.

3. 1. Der soeben referierten, in den meisten ihrer Kernaussagen schon auf einer ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fußenden Entscheidung kommt wegen folgender Grundsätze für die Lösung dieses Streitfalls Bedeutung zu:

a) Der Verfall einer Konventionalstrafe setzt nicht den Eintritt eines wirklichen materiellen Schadens voraus.

b) Die Prüfung deren Verhältnismäßigkeit hat sich in Ermangelung eines Schadenseintritts auf den im Vereinbarungszeitpunkt als Folge einer allfälligen Vertragsverletzung möglichen Schaden zu beschränken. Danach ist also eine ex-ante-Betrachtung maßgebend.

c) Eine wirksame Sicherung erheblicher wirtschaftlicher Interessen des (oder der) Vertragspartner setzt den durch eine hohe - im Falle einer Vertragsverletzung auch realisierbare - Vertragsstrafdrohung bewirkten Erfüllungsdruck voraus, ohne dass die Frage nach der Höhe eines wirklichen Schadens als sonst bedeutsame Determinante der allfälligen Unverhältnismäßigkeit einer solchen Strafe von Belang ist, wenn ein solcher Gläubigernachteil noch gar nicht feststeht.

3. 2. Die ARGE-Partner dieses Streitfalls hatten, wie sich aus den Punkten 1. Vorbemerkung, 2. Sicherstellung und 3. Inanspruchnahme der Sicherstellung der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 ergibt, ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, sich einerseits gegen allfällige Schadenersatzansprüche des Werkbestellers gegenseitig abzusichern, andererseits aber auch im Gesellschaftsverhältnis Vorsorge für den durch die Solidarhaftung im Außenverhältnis (siehe dazu etwa SZ 64/63) erzwungenen Ausgleich unter den Gesellschaftern zu treffen. Dieses wirtschaftliche Interesse, das durch eine Nettoauftragssumme der vom Kläger vertretenen nunmehrigen Gemeinschuldnerin von über 1,2 Milliarden S und von insgesamt knapp 4 Milliarden S der ARGE gekennzeichnet ist, musste in eine den Gesellschaftsvertrag ergänzende Regelung umgegossen werden, um nach deren Zweck einen hohen Druck auf jeden Gesellschafter auszuüben, Mängel seines Gewerks selbst fachgerecht zu verbessern, aber auch allfällige Mangelfolgeschäden im Vermögen des Werkbestellers zu decken. Damit sollte schon vermieden werden, dass es im Außenverhältnis zur solidarischen Inanspruchnahme auch jener Gesellschafter komme, die zufolge der Aufgabenverteilung im Gesellschaftsverhältnis für solche Mängel und Schäden nicht einzustehen haben. Gleichzeitig sollte jedoch sichergestellt werden, dass der "verursachende Partner" den im Innenverhältnis nicht verantwortlichen

Gesellschaftern nach deren Verurteilung zur Leistung an den Werkbesteller jene Mittel zuführt bzw ersetzt, die zur Erfüllung solcher titulierten Ansprüche aufzuwenden sind bzw bereits aufgewendet werden mussten. Das wird insbesondere durch Pkt. 3. 3. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 verdeutlicht.

Ein solcher Erfüllungsdruck gegen einen "verursachenden Partner" ist aber im Falle der Konkurseröffnung über dessen Vermögen mittels gesellschaftsvertraglicher Regelungen nicht perpetuierbar. Einerseits kann sich der Masseverwalter von der Verpflichtung zur Behebung von Mängeln bzw Mangelschäden durch den Gemeinschuldner zufolge einer Rücktrittserklärung nach § 21 Abs 1 KO gewöhnlich lösen (siehe dazu SZ 64/63), weil der Werkvertrag in solchen Fällen schon wegen der Zurückbehaltung des bei Großbauvorhaben üblicherweise vereinbarten Haftungsrücklasses auch vom Werkbesteller noch nicht vollständig erfüllt sein wird. Andererseits verfügen die im Aussenverhältnis in Anspruch genommenen nicht insolventen Gesellschafter für ihre Regressansprüche gegen den insolventen Partner nur mehr über eine Konkursforderung als Deckungsfonds.Ein solcher Erfüllungsdruck gegen einen "verursachenden Partner" ist aber im Falle der Konkurseröffnung über dessen Vermögen mittels gesellschaftsvertraglicher Regelungen nicht perpetuierbar. Einerseits kann sich der Masseverwalter von der Verpflichtung zur Behebung von Mängeln bzw Mangelschäden durch den Gemeinschuldner zufolge einer Rücktrittserklärung nach Paragraph 21, Absatz eins, KO gewöhnlich lösen (siehe dazu SZ 64/63), weil der Werkvertrag in solchen Fällen schon wegen der Zurückbehaltung des bei Großbauvorhaben üblicherweise vereinbarten Haftungsrücklasses auch vom Werkbesteller noch nicht vollständig erfüllt sein wird. Andererseits verfügen die im Aussenverhältnis in Anspruch genommenen nicht insolventen Gesellschafter für ihre Regressansprüche gegen den insolventen Partner nur mehr über eine Konkursforderung als Deckungsfonds.

Bei dieser Ausgangslage ist es in Weiterentwicklung der ratio der Entscheidung1 Ob 105/99v legitim, wenn sich die Gesellschafter in Zeiten, in denen sich noch keiner von ihnen in einer prekären, die Gefahr einer Insolvenz heraufbeschwörenden wirtschaftlichen Lage befand, gegen den Wegfall des Erfüllungsdrucks auf einen schließlich insolvent gewordenen Partner und gegen die damit verknüpften nachteiligen Auswirkungen dessen Konkurses auf ihr Vermögen schuldrechtlich durch besondere, das Gesellschaftsverhältnis regelnde Vereinbarungen in Umsetzung der von einem ordentlichen Kaufmann bei der Risikoabwägung erwartbaren Sorgfalt unter maßvollen Bedingungen, die alle Gesellschafter verhältnismäßig gleich belasten, angemessen absichern.

3. 3. Beurteilt man nun die Regelungen in Pkt. 2. und Pkt. 3. 1. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 im Lichte der voranstehenden Erwägungen, so vermag der erkennende Senat in der Vereinbarung des verschuldensunabhängigen Verfalls einer durch Bankgarantie gesicherten Konventionalstrafe von bloß 0,75 % der betroffenen Nettoauftragssumme zu Lasten des insolvent gewordenen Gesellschafters - gemessen am Solidarhaftungsrisiko der anderen Partner im Außenverhältnis - keine unverhältnismäßige Übersicherung zu erkennen. Der jedenfalls in Relation zur jeweiligen Nettoauftragssumme maßvolle Sicherungsbetrag wird durch mögliche Regressansprüche kontrastiert, deren Höhe im Zeitpunkt des Abschlusses der Konventionalstrafvereinbarung nur aufgrund von Erfahrungswerten, die allenfalls anlässlich ähnlicher Großbauvorhaben gewonnen werden konnten, abschätzbar war. Schon eine solche Risikoabwägung hätte auch ein Vielfaches der tatsächlich vereinbarten Konventionalstrafe ergeben können. Ein möglicher Schaden in dieser Höhe kann - unter Zugrundelegung der allein maßgebenden ex-ante-Betrachtung - aber auch unabhängig von den aus vergleichbaren Großbauvorhaben gewinnbaren Erfahrungswerten nicht vorweg mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, können sich doch bei bestimmten Großbauten mit komplexer technischer Ausstattung spezifische, in ihren Zusammenhängen im Voraus nicht vollständig überschaubare und daher derzeit noch gar nicht abschätzbare Risken verwirklichen. Deren künftig allenfalls notwendige Bewältigung erfordert gewöhnlich auch eine konkrete kaufmännische Vorsorge. So gesehen ist auch der vom Erstgericht ins Treffen geführte Gesichtspunkt zu billigen, dass die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Gestaltungsmöglichkeiten infolge des Konkurses eines Partners schon für sich einen durch die Insolvenz der Gemeinschuldnerin verursachten Schaden bewirke.

3. 4. Der Kläger versucht, die nach seiner Ansicht zu bejahende Sittenwidrigkeit der erörterten Konventionalstrafabrede auf nicht feststehende Tatsachen zu gründen. So unterstellt er, dass die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadens der beklagten Parteien in Höhe des vereinbarten Vergütungsbetrags "äußerst gering" sei, ohne allerdings anzugeben, welche entweder festgestellten oder allgemein bekannten und daher auch bei Gericht offenkundigen Tatsachen seiner Annahme eine tragfähige Grundlage verschaffen könnten. Mit dem Argument, derzeit sei noch kein Schaden eingetreten, sodass gegenüber dem Werkbesteller auch noch keine Solidarhaftung der beklagten Parteien ausgelöst worden sei, wird missachtet, dass es im Lichte der Erwägungen unter 3. und 3. 1. nicht

auf einen schon eingetretenen, sondern bloß auf den bei einer ex-ante-Betrachtung möglichen Schaden ankommt. Das ist auch nicht mit dem Hinweis widerlegbar, dass "für etwaige künftige Haftungen ohnedies Ersatzgarantien angeboten werden". Solche "Ersatzgarantien" sind nach dem klaren Vertragswillen der Gesellschafter, aber auch unter den sogleich zu erörternden Gesichtspunkten kein Äquivalent für die im Konkursfall eines Gesellschafters abrufbare Bankgarantie. Ohne Konkursfall könnten die beklagten Parteien die Garantiesumme nach den in Pkt. 3. 3. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 geregelten Voraussetzungen abrufen, sie könnten den "verursachenden Partner" jedoch ferner auch zur Deckung ihres darüber hinausgehenden Vermögensnachteils verhalten. Im Konkursfall könnten die beklagten Parteien unter Zugrundelegung von "Ersatzgarantien" bei Verwirklichung des Haftungsrisikos wohl die Garantiesummen abrufen, ihre darüber allenfalls beträchtlich hinausgehenden Ansprüche wären dagegen bloße Konkursforderungen von erfahrungsgemäß geringem Wert. Die beklagten Parteien könnten aber auch nicht erzwingen, dass der Kläger als Masseverwalter die Behebung der allenfalls eingetretenen und nach dem Gesellschaftsverhältnis in den Verantwortungsbereich der Gemeinschuldnerin fallenden Mangelschäden veranlasst und mögliche Mangelfolgeschäden des Werkbestellers zur Gänze aus dem Massevermögen tilgt, sodass eine Inanspruchnahme der beklagten Parteien jedenfalls unterbliebe. Der Kläger wäre zur Veranlassung von Mängelbehebungsarbeiten durch die Gemeinschuldnerin überdies gar nicht in der Lage, weil die Durchführung solcher Arbeiten ein funktionierendes und leistungsfähiges Unternehmen mit dem erforderlichen Fachpersonal voraussetzen. Außerdem würden die beklagten Parteien ohne Inanspruchnahme des Garantiebetrags auch eines Deckungsfonds zur Finanzierung der gebotenen Vorsorge für die Absicherung gegen das Risiko des Eintritts einer den Garantiebetrag um ein Vielfaches übersteigenden Haftung entbehren. Die erörterte maßvolle Konventionalstrafvereinbarung der Gesellschafter ist daher - entgegen der Ansicht des Klägers - auch kein "Eingriff in die Rechte der Konkursgläubiger". Konkursgläubiger können nicht erwarten, dass andere Gläubiger, die sich im Geschäftsverkehr mit dem späteren Gemeinschuldner gegen den Konkursfall schuldrechtlich absicherten, ihre - anfechtungsfeste - Sicherheit fahren lassen müssen, um mit deren Wert teilweise Forderungen von Konkursgläubigern zu finanzieren, die entsprechende Sicherheiten im Geschäftsverkehr mit dem Gemeinschuldner nicht für notwendig hielten. Deshalb ist aus § 21 und § 23 KO auch kein konkursrechtlicher Grundsatz ableitbar, dass ein "Anspruch aus einer Vertragsstrafenvereinbarung im Konkurs ... nur in Höhe eines tatsächlich entstandenen Schadens geltend gemacht werden" könne. Ist eine Konventionalstrafabrede unter Bedachtnahme auf den bei einer ex-ante-Betrachtung künftig möglicherweise eintretenden Schaden grundsätzlich erlaubt und kann eine solche Strafe auch dann verfallen, wenn es - wie bereits unter 3. und 3. 1. erläutert - am Eintritt eines wirklichen Schadens (noch) mangelt, so kann eine solche Abrede nicht schon deshalb partiell - also soweit ein wirklicher Schaden noch nicht eingetreten ist - sittenwidrig sein, weil als Verfallstatbestand die Konkurseröffnung über das Vermögen des Strafschuldners vereinbart wurde. Das Haftungsrisiko der anderen Gesellschafter, für Mangel- und Mangelfolgeschäden des Werkbestellers außerhalb ihres durch den Gesellschaftsvertrag definierten Verantwortungsbereichs einstehen zu müssen, wird gerade und erst durch die Konkurseröffnung beträchtlich erhöht.3. 4. Der Kläger versucht, die nach seiner Ansicht zu bejahende Sittenwidrigkeit der erörterten Konventionalstrafabrede auf nicht feststehende Tatsachen zu gründen. So unterstellt er, dass die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadens der beklagten Parteien in Höhe des vereinbarten Vergütungsbetrags "äußerst gering" sei, ohne allerdings anzugeben, welche entweder festgestellten oder allgemein bekannten und daher auch bei Gericht offenkundigen Tatsachen seiner Annahme eine tragfähige Grundlage verschaffen könnten. Mit dem Argument, derzeit sei noch kein Schaden eingetreten, sodass gegenüber dem Werkbesteller auch noch keine Solidarhaftung der beklagten Parteien ausgelöst worden sei, wird missachtet, dass es im Lichte der Erwägungen unter 3. und 3. 1. nicht auf einen schon eingetretenen, sondern bloß auf den bei einer ex-ante-Betrachtung möglichen Schaden ankommt. Das ist auch nicht mit dem Hinweis widerlegbar, dass "für etwaige künftige Haftungen ohnedies Ersatzgarantien angeboten werden". Solche "Ersatzgarantien" sind nach dem klaren Vertragswillen der Gesellschafter, aber auch unter den sogleich zu erörternden Gesichtspunkten kein Äquivalent für die im Konkursfall eines Gesellschafters abrufbare Bankgarantie. Ohne Konkursfall könnten die beklagten Parteien die Garantiesumme nach den in Pkt. 3. 3. der Vereinbarung vom 16. 3. 1994 geregelten Voraussetzungen abrufen, sie könnten den "verursachenden Partner" jedoch ferner auch zur Deckung ihres darüber hinausgehenden Vermögensnachteils verhalten. Im Konkursfall könnten die beklagten Parteien unter Zugrundelegung von "Ersatzgarantien" bei Verwirklichung des Haftungsrisikos wohl die Garantiesummen abrufen, ihre darüber allenfalls beträchtlich hinausgehenden Ansprüche wären dagegen bloße Konkursforderungen von erfahrungsgemäß geringem Wert. Die beklagten Parteien könnten aber auch nicht erzwingen, dass der Kläger als Masseverwalter die Behebung der allenfalls

eingetretenen und nach dem Gesellschaftsverhältnis in den Verantwortungsbereich der Gemeinschuldnerin fallenden Mangelschäden veranlasst und mögliche Mangelfolgeschäden des Werkbestellers zur Gänze aus dem Massevermögen tilgt, sodass eine Inanspruchnahme der beklagten Parteien jedenfalls unterbliebe. Der Kläger wäre zur Veranlassung von Mängelbehebungsarbeiten durch die Gemeinschuldnerin überdies gar nicht in der Lage, weil die Durchführung solcher Arbeiten ein funktionierendes und leistungsfähiges Unternehmen mit dem erforderlichen Fachpersonal voraussetzen. Außerdem würden die beklagten Parteien ohne Inanspruchnahme des Garantiebetrags auch eines Deckungsfonds zur Finanzierung der gebotenen Vorsorge für die Absicherung gegen das Risiko des Eintritts einer den Garantiebetrag um ein Vielfaches übersteigenden Haftung entbehren. Die erörterte maßvolle Konventionalstrafvereinbarung der Gesellschafter ist daher - entgegen der Ansicht des Klägers - auch kein "Eingriff in die Rechte der Konkursgläubiger". Konkursgläubiger können nicht erwarten, dass andere Gläubiger, die sich im Geschäftsverkehr mit dem späteren Gemeinschuldner gegen den Konkursfall schuldrechtlich absicherten, ihre - anfechtungsfeste - Sicherheit fahren lassen müssen, um mit deren Wert teilweise Forderungen von Konkursgläubigern zu finanzieren, die entsprechende Sicherheiten im Geschäftsverkehr mit dem Gemeinschuldner nicht für notwendig hielten. Deshalb ist aus Paragraph 21 und Paragraph 23, KO auch kein konkursrechtlicher Grundsatz ableitbar, dass ein "Anspruch aus einer Vertragsstrafenvereinbarung im Konkurs ... nur in Höhe eines tatsächlich entstandenen Schadens geltend gemacht werden" könne. Ist eine Konventionalstrafabrede unter Bedachtnahme auf den bei einer ex-ante-Betrachtung künftig möglicherweise eintretenden Schaden grundsätzlich erlaubt und kann eine solche Strafe auch dann verfallen, wenn es - wie bereits unter 3. und 3. 1. erläutert - am Eintritt eines wirklichen Schadens (noch) mangelt, so kann eine solche Abrede nicht schon deshalb partiell - also soweit ein wirklicher Schaden noch nicht eingetreten ist - sittenwidrig sein, weil als Verfallstatbestand die Konkurseröffnung über das Vermögen des Strafschuldners vereinbart wurde. Das Haftungsrisiko der anderen Gesellschafter, für Mangel- und Mangelfolgeschäden des Werkbestellers außerhalb ihres durch den Gesellschaftsvertrag definierten Verantwortungsbereichs einstehen zu müssen, wird gerade und erst durch die Konkurseröffnung beträchtlich erhöht.

Soweit der Kläger in der Entscheidung SZ 64/63 eine Stütze für seinen Prozessstandpunkt erblickt, ist ihm entgegenzuhalten, dass diese in ihren Erwägungen zu den Rechten des aus einem Haftungsrücklass Berechtigten als Absonderungsgläubiger zum Ergebnis gelangt, vom Werkbesteller könne "allenfalls nur der nach Abzug des erforderlichen Deckungsaufwandes verbleibende Überschuss begehrt werden". Damit wird aber das Bestehen eines Überschusses vorausgesetzt, weil der notwendige geringere Deckungsaufwand schon feststeht. Ist dagegen - wie hier - der künftige Deckungsaufwand zur Behebung der allenfalls eintretenden Mangel- und Mangelfolgeschäden ungewiss und könnte er auch ein Vielfaches des abgerufenen Garantiebetrags betragen, so lassen sich die erörterten Erwägungen jener Entscheidung nicht für, sondern nur gegen den Prozessstandpunkt des Klägers ins Treffen führen. Seine Ansicht, Konkursgläubiger seien benachteiligt, wenn ein Vertragspartner des Gemeinschuldners wegen mangelfreier Erfüllung keinen Schaden erlitten habe, aber dennoch die vereinbarte Konventionalstrafe behalten dürfe, mag abstrakt zutreffen. Diese Hypothese ist jedoch gar nicht weiter zu erörtern, weil sie eine Sachverhaltsgrundlage unterstellt, die mit jener des Anlassfalls nicht übereinstimmt, steht doch hier gerade nicht fest, dass die Gemeinschuldnerin mängelfrei erfüllte und die beklagten Parteien künftig keinesfalls einen Schaden in Höhe des eingezogenen Garantiebetrags erleiden können.

Die Ansicht des Klägers lässt sich auch nicht durch den Hinweis auf die Entscheidung SZ 49/109 erfolgreich untermauern. Einerseits bezieht sich dieses Judikat auf das in § 23 Abs 1 KO ausdrücklich geregelte Recht des Masseverwalters auf Kündigung eines Bestandverhältnisses. Eines solchen Rechts entbehrt der Masseverwalter aber, wie sogleich näher zu erörtern sein wird, bei Gesellschaftsverträgen. Soweit in jener Entscheidung überdies ausgeführt wird, dass "eine Vertragsstrafvereinbarung, die vor Konkurseröffnung zu Lasten der Konkursmasse getroffen wurde", soweit unwirksam sei, "als der von der Masse zu leistende Ersatzbetrag höher ist als der tatsächlich eintretende Schaden des Vertragsgegners aus der vorzeitigen Kündigung des Bestandverhältnisses durch den Masseverwalter", ist andererseits aber auch auf den allmählichen Wandel des Verständnisses über die Palette der rechtlich zu billigenden Zwecke einer Konventionalstrafe, wie den Ausführungen unter 3. und 3.1. zu entnehmen ist, hinzuweisen.Die Ansicht des Klägers lässt sich auch nicht durch den Hinweis auf die Entscheidung SZ 49/109 erfolgreich untermauern. Einerseits bezieht sich dieses Judikat auf das in Paragraph 23, Absatz eins, KO ausdrücklich geregelte Recht des Masseverwalters auf Kündigung eines Bestandverhältnisses. Eines solchen Rechts entbehrt der Masseverwalter aber, wie sogleich näher zu erörtern sein wird, bei Gesellschaftsverträgen. Soweit in jener Entscheidung überdies ausgeführt wird, dass "eine Vertragsstrafvereinbarung, die vor Konkurseröffnung zu Lasten der Konkursmasse getroffen wurde",

soweit unwirksam sei, "als der von der Masse zu leistende Ersatzbetrag höher ist als der tatsächlich eintretende Schaden des Vertragsgegners aus der vorzeitigen Kündigung des Bestandverhältnisses durch den Masseverwalter", ist andererseits aber auch auf den allmählichen Wandel des Verständnisses über die Palette der rechtlich zu billigenden Zwecke einer Konventionalstrafe, wie den Ausführungen unter 3. und 3.1. zu entnehmen ist, hinzuweisen.

Gleichfalls scheitern muss der Versuch des Klägers, die Vereinbarung der Gesellschafter vom 16. 3. 1994 als "einen beidseits unerfüllten Vertrag iSd § 21 KO" zu qualifizieren, lässt sich doch nicht ableugnen, dass die erörterte Vereinbarung den Gesellschaftsvertrag ergänzte, weil die Gesellschafter darin ihre wechselseitigen Haftungsbeziehungen wegen der in Verwirklichung des Gesellschaftszwecks entstehenden Risken regelten. Ist jedoch dieses mehrseitige Rechtsgeschäft - entgegen der Ansicht des Klägers - eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags, so ist darauf § 21 KO nach den in der Entscheidung 7 Ob 2097/96z (= ZIK 1997, 60 = RdW 1997, 135 = ecolex 1996, 756) angestellten Erwägungen, denen sich der erkennende Senat anschließt, nicht anwendbar.Gleichfalls scheitern muss der Versuch des Klägers, die Vereinbarung der Gesellschafter vom 16. 3. 1994 als "einen beidseits unerfüllten Vertrag iSd Paragraph 21, KO" zu qualifizieren, lässt sich doch nicht ableugnen, dass die erörterte Vereinbarung den Gesellschaftsvertrag ergänzte, weil die Gesellschafter darin ihre wechselseitigen Haftungsbeziehungen wegen der in Verwirklichung des Gesellschaftszwecks entstehenden Risken regelten. Ist jedoch dieses mehrseitige Rechtsgeschäft - entgegen der Ansicht des Klägers - eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags, so ist darauf Paragraph 21, KO nach den in der Entscheidung 7 Ob 2097/96z (= ZIK 1997, 60 = RdW 1997, 135 = ecolex 1996, 756) angestellten Erwägungen, denen sich der erkennende Senat anschließt, nicht anwendbar.

Alle weiteren Ausführungen in der Revision unter den Titeln "Nichtvorliegen eines Schadens", "Vertragsstrafenabrede ausschließlich zu Lasten der Gläubiger", "Vergleichbarkeit mit unzulässigen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln", "Sittenwidrigkeit wegen Gefährdung grundlegender Einrichtungen der Rechtsordnung" und "Kombinatorische Erfassung der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände" sind nur Variationen bereits behandelter Revisionsgründe. Dabei wird immer wieder unzutreffend unterstellt, die beklagten Parteien hätten durch die Inanspruchnahme der Bankgarantie einen - im Verhältnis zu den Konkursgläubigern - ungerechtfertigten Vermögensvorteil erlangt, weil dieser Leistung (noch) keine "tatsächliche Regresspflicht" gegenüberstehe. Dementgegen haften die beklagten Parteien für mögliche künftige Ansprüche des Werkbestellers, die ein Vielfaches des eingezogenen Garantiebetrags ausmachen können, zur ungeteilten Hand, auch wenn die Grundlage solcher Ansprüche außerhalb ihres gesellschaftsinternen Verantwortungsbereichs liegt, ohne mit der Erfüllung von Regressansprüche durch die Gemeinschuldnerin rechnen zu können. Es kann daher auch keine "unzulässige Beeinflussung des Konkursverfahrens" sein, wenn sich Gesellschafter für die gerade im Konkursfall eintretende Erhöhung ihres Haftungsrisikos im Außenverhältnis wechselseitig die Leistung von Konventionalstrafen zur Sicherung von Regressansprüchen im Innenverhältnis versprechen.

Der Revision ist somit ein Erfolg zu versagen.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 iVm § 50 Abs 1 ZPO.4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 41, in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO.

Anmerkung

E60245 01AA1700

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2000:0010OB00170.00G.1219.000

Dokumentnummer

JJT_20001219_OGH0002_0010OB00170_00G0000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at