

TE OGH 1988/6/22 3Ob520/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.1988

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Dr. Angst als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P***

DER A***, Wien 2., Friedrich Hillegeist-Straße 1, vertreten durch Dr. Wilhelm Huber, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1) prot. Firma U*** FÜR S*** UND H***

A*** Karl J***, 2) J*** & B*** Gesellschaft mbH, beide Wien 6., Liniengasse 4, beide vertreten durch Dr. Kurt Waneck, Rechtsanwalt in Wien, und 3) O*** Gesellschaft mbH, Wien 12., Biedermanngasse 3, diese vertreten durch Dr. Walter Schuppich ua, Rechtsanwälte in Wien, wegen 3,424.746,13 S s.A (Revisionsinteresse: 3,291.742,40 S), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 7. Dezember 1987, GZ 4 R 213/87-35, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 15. Juli 1987, GZ 14 Cg 3/87-29, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien binnen 14 Tagen die Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen, die für die erst- und zweitbeklagte Partei mit zusammen 29.885,12 S (darin 2.280,47 S Umsatzsteuer und 4.800 S Barauslagen) und für die drittbeklagte Partei mit 27.604,65 S (darin 2.073,15 S Umsatzsteuer und 4.800 S Barauslagen) bestimmt werden.

Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei erteilte der erstbeklagten Partei einer Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter die zweitbeklagte Partei ist, und der drittbeklagten Partei als Arbeitsgemeinschaft den Auftrag, bei der Neuerrichtung ihres Anstaltsgebäudes in Wien Installationsarbeiten (Abwasserbeseitigung und Oberflächenentwässerung) durchzuführen. Das Anbot der beklagten Parteien (so in der Folge kurz für die genannte Arbeitsgemeinschaft) auf Grund der von der klagenden Partei vorgenommenen Ausschreibung stammte vom 24.Juli 1978. Der schriftliche Werkvertrag wurde von der klagenden Partei am 23.April 1979 und den beklagten Parteien am 11. Mai 1979 unterfertigt. Nach diesem Werkvertrag (Punkt 1.3.4 der zusätzlichen Vertragsbedingungen) war bei Überschreitung der vereinbarten Durchführungstermine pro Kalendertag eine Konventionalstrafe von 0,8 %o der Schlußrechnungssumme zu zahlen. Die klagende Partei behauptet, die beklagten Parteien hätten die in den Baubesprechungen vom 14.August 1979 und 21.August 1979 vereinbarten Endtermine um insgesamt 205 Tage überschritten. 0,8 %o der Gesamtabrechnungssumme seien 16.057,28 S. Die klagende Partei begeht daher eine Konventionalstrafe von

$205 \times 16.057,28 \text{ S} = 3,291.742,40 \text{ S sA}$ sowie einen weiteren Betrag von 133.003,73 S, über den noch nicht abgesprochen wurde. Die beklagten Parteien beantragten die Abweisung des Klagebegehrens, wobei ihre Verjährungseinwendung schon im ersten Rechtsgang erledigt wurde (siehe Beschuß des Obersten Gerichtshofes vom 17. Dezember 1986, 3 Ob 510/86). Sie machten geltend, daß die in den Baubesprechungen vom 14. August 1979 und 21. August 1979 bekanntgegebenen Termine unverbindlich gewesen seien. Im übrigen seien Verzögerungen ausschließlich aus dem Verschulden der klagenden Partei entstanden, besonders auch durch die Betrauung einer Firma H***, auf der die klagende Partei trotz rechtzeitiger Warnungen der beklagten Partei bestanden habe; dieses Unternehmen habe die benötigten Sanitärezellen wiederholt verspätet geliefert. Die im ursprünglichen Werkvertrag enthaltenen Termine seien schon deshalb gegenstandslos, weil sie im Zeitpunkt der Unterfertigung des Vertrages durch die klagende Partei schon abgelaufen gewesen seien. Das Erstgericht wies in einem Teilurteil das Klagebegehren von 3,294.742,40 S sA (= Konventionalstrafe) ab.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Teilurteil.

Es ging teilweise abweichend vom Erstgericht, teilweise ergänzend dazu, sonst aber die Feststellungen des Erstgerichtes übernehmend, insgesamt von folgenden wesentlichen

Tatsachenfeststellungen aus:

Der Werkvertrag enthielt durch Verweisung auf die zusätzlichen

Vertragsbedingungen folgende Termine: Vorarbeiten 1. Oktober 1978;

Montage-Beginn auf der Baustelle in den Bauteilen A und C:

1. November 1978, in den Bauteilen B und D: 1. April 1979;

Betriebsbereitschaft in den Bauteilen A und C: 30. November 1978, in den Bauteilen B und D: 1. November 1979;
Fertigstellung im Bauteil C:

1.12.1979, in den Bauteilen A, B und D: 30. Juni 1980. Im Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung waren diese Termine teilweise schon verstrichen.

In den Baubesprechungen vom 14. August 1979 und 21. August 1979 wurden die im Klagsvorbringen angeführten Termine von Angestellten der beklagten Parteien bekanntgegeben. Es ist aber nicht erwiesen, daß die Beklagten diese Termine versprochen oder verbindlich zugesagt hätten. Nach Ablauf dieser Termine kam es vielmehr zur Bekanntgabe neuer und teilweise wesentlich späterer Termine. Weil somit die klagende Partei keine Terminüberschreitung der beklagten Parteien bewiesen habe, sei ihr Begehr auf Leistung einer Konventionalstrafe unberechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der klagenden Partei ist nicht berechtigt.

1. Zum Revisionsgrund nach § 503 Abs 1 Z 2 ZPO:

a) Zutreffend verweist die klagende Partei darauf, daß der Inhalt der Vertragsbedingungen (Beilage B) außer Streit steht. Auch Punkt 1.1.10 derselben ist daher der rechtlichen Beurteilung zugrundezulegen. Der Hinweis auf diese Vertragsbestimmung in den Rechtsausführungen der Berufungsschrift stellte damit entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes keinen Verstoß gegen das Neuerungsverbot dar. - Die rechtliche Relevanz dieser Vertragsbestimmung ist erst bei Erledigung der Rechtsrüge zu behandeln.

b) Welche rechtliche Bewandtnis es hat, wenn ein möglicher Auftraggeber seinem möglichen Auftragnehmer lange vor Erteilung des Auftrages mitteilt, die in den Leistungsverzeichnissen angeführten Ecktermine blieben aufrecht (Urkunde Beilage U, Gesprächsnote vom 8.11.1978), obschon einige dieser Termine im Zeitpunkt der späteren Auftragserteilung schon verstrichen waren, gehört wieder zur rechtlichen Beurteilung, wo sich zeigen wird, daß dieser Urkunde keine Relevanz zukommt.

c) Die vom Erstgericht getroffene Tatsachenfeststellung, die beklagten Parteien hätten mehrfach Bedenken gegen eine Betrauung der Firma H*** als Subunternehmer geäußert, wurde in der Berufung zwar als unrichtig bekämpft. Die klagende Partei brachte aber nicht zum Ausdruck, weshalb zB der Inhalt des Schreibens vom 25. April 1979 unrichtig sein solle, oder auf Grund welcher vorhandener anderer Beweismittel etwas anderes feststehe. Das Berufungsgericht konnte daher in diesem Zusammenhang mit Recht von einer nicht dem Gesetz entsprechenden Beweisrüge ausgehen.

d) Eine andere Sache ist es, daß die beklagten Parteien trotz dieser vor Vertragsabschluß geäußerten Bedenken letzten Endes den Wunsch der klagenden Parteien auf Beziehung der Firma H*** akzeptiert haben, sodaß sie damit auch die Verantwortung für die Leistungsfähigkeit dieses Subunternehmens auf sich nahmen. Von welchen Vorstellungen die beklagten Parteien hier ausgegangen sein mögen, ist rechtlich nicht von Bedeutung. Auch die Frage, ob die beklagten Parteien in den Monaten vor der Auftragserteilung schon zu irgendwelchen Vorbereitungsarbeiten verpflichtet waren, insbesondere ob sie schon verpflichtet waren, sich gegenüber dem in Aussicht genommenen Subunternehmer vertraglich abzusichern, ist erst im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung dieser Sache zu erörtern.

2.) Zum Revisionsgrund nach § 503 Abs 1 Z 4 ZPO:

Die Leistung einer Konventionalstrafe (Vergütungsbetrag) im Sinn des§ 1336 ABGB setzt eine besondere Übereinkunft der Parteien voraus.

Die im Werkvertrag vom 23.April/11.Mai 1979 enthaltene Vereinbarung einer Vertragsstrafe war unwirksam, weil die dieser Vereinbarung zugrunde liegenden Erfüllungsfristen zum größten Teil schon abgelaufen waren. Zumindest für die bei Vertragsabschluß schon verstrichenen Fristen lag eine absolute Unmöglichkeit iSd § 878 ABGB vor. Eine Restgültigkeit für die noch nicht abgelaufenen Leistungsfristen kann nicht angenommen werden, weil wegen des notwendigen zeitlichen Zusammenhangs der Vorarbeiten, des Montagebeginnes, der Betriebsbereitschaft und der Fertigstellung, der sich aus der im Vertrag selbst vorgesehenen zeitlichen Aufeinanderfolge ergibt, kein Punkt vom anderen abgesondert werden kann.

Es liegt also nicht der Fall vor, daß sich die beklagten Parteien zur Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung innerhalb einer bestimmten, nicht von vorneherein absolut unmöglichen Frist verpflichteten, obwohl sie wissen konnten, daß sie die zugesagten Termine höchstwahrscheinlich nicht einhalten konnten (so der Sachverhalt der Entscheidungen 3 Ob 608/76 und 5 Ob 675/81), sondern hier lag eine Unmöglichkeit iSd§ 878 ABGB vor, die die gesamte Pönalevereinbarung nichtig machte. Davon ging übrigens mehr oder weniger auch die klagende Partei selbst in diesem Verfahren aus, weil sie nie auf der Einhaltung der ursprünglich vorgesehenen Termine bestand.

Damit kommt auch der Bestätigungskausel nach Punkt 1.1.10 des Werkvertrages für die Pönalevereinbarung keine Bedeutung zu; denn ein wegen Unmöglichkeit nictiger Vertragsteil kann nicht dadurch wirksam werden, daß ihm nicht widersprochen wurde.

Wenn die klagende Partei andeutet, die beklagten Parteien hätten schon früher mit den Vorbereitungsarbeiten beginnen müssen, um so die ursprünglichen Termine einhalten zu können, so ist dies ein unbilliges Verlangen. Der Auftragnehmer kann nicht dazu verhalten werden, Vorbereitungsarbeiten durchzuführen und/oder mit der Leistungserstellung zu beginnen, bevor der Bauvertrag zustandegekommen ist (Jurecka-Kühne-Straube, Kommentar Vergabe und Verdingungswesen, Anm 1 zu A 2060 Abschnitt 2.14). Die in der Aktennotiz vom 8.November 1978 Punkt 2. enthaltene Aufforderung, die Firmen sollten sofort mit den vorbereitenden Arbeiten beginnen, konnte daher noch keine Leistungspflicht begründen. Aus dem Schreiben der beklagten Partei vom 11.Dezember 1978, in dem sie sich "nochmals" für die Erteilung des Auftrages bedanken, kann nicht abgeleitet werden, daß der Vertrag schon zu diesem oder einem früheren Zeitpunkt perfekt gewesen sei, sondern die beklagten Parteien haben schon mit der Vergabe an sie gerechnet, sich dafür bedankt, tatsächlich wurde aber der Vertrag erst wesentlich später abgeschlossen.

Auch der in einer Besprechung vom 8.November 1978, also mehrere Monate vor dem Abschluß des Bauvertrages, abgegebenen Erklärung, die in den Leistungsverzeichnissen angeführten Ecktermine blieben - mit Ausnahme jener für den Bauteil C - aufrecht (Beilage U Punkt 5), kommt daher keine rechtliche Bedeutung zu.

Die beklagten Parteien waren nicht verpflichtet, schon im Jahr 1978 Aufträge an die beizuziehende Firma H*** zu erteilen. Wie schon ausgeführt wurde, mußten sie zwar trotz ihrer objektiven Bedenken das Risiko der Beziehung dieses Subunternehmens tragen, doch sie waren nicht verpflichtet, etwa wegen ihrer Einschätzung der Kapazität dieses Unternehmens schon vor Auftragserteilung vorbereitende Anweisungen zu erteilen.

Ein Beweis dafür, daß die Streitfälle zwar nicht im Werkvertrag Beilage A, wohl aber in einer nachträglichen Vereinbarung die Zahlung der begehrten Konventionalstrafe abgesprochen haben, liegt nicht vor. Eine ausdrückliche Vereinbarung wurde weder behauptet, noch findet sich eine solche in den vorgelegten Urkunden. Es kam aber auch nicht zum stillschweigenden Abschluß einer solchen Vereinbarung, wie dies in der Revision anklingt.

Es geht nicht an, die im Werkvertrag unter Zugrundelegung eines ursprünglich vorgesehenen Terminplanes

vereinbarten Fristen einfach auf den viel späteren Vertragsabschluß umzulegen. Was im Jahr 1978 möglich gewesen sein möchte, mußte nicht ebenso im Jahr 1979 wieder möglich sein. Es spricht also keineswegs alles dafür, daß die Parteien die alten Fristen jeweils um den Zeitraum verlängert wissen wollten, um den sich der Vertragsabschluß verzögert hatte. Auf eine hier etwa bestehende Verkehrssitte, auf die bei ergänzender Vertragsauslegung iSd § 914 ABGB Bedacht zu nehmen wäre, hat sich die klagende Partei nie berufen.

Erwiesen ist wohl, daß Angestellte der beklagten Parteien im Verlaufe des Baufortschrittes wiederholt bestimmte Leistungstermine bekanntgeben (zB im Baugesprächsprotokoll Bl 50/07/79 vom 24. Juli 1979, Beilage CC Blatt 10), aber auch eine solche Bekanntgabe neuer Leistungstermine spricht nicht zwingend für den Abschluß einer neuen Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Der Hinweis auf die Bedeutung der Baugesprächsprotokolle geht fehl. Das Baubuch oder die Bautagesberichte im Sinne von Punkt 2.7.1 der Ö-Norm B 2110 oder der von den Parteien dazu getroffenen Vereinbarungen (Punkt 1.2.1. und 1.2.2 der Vertragsbedingungen zum Werkvertrag Beilage B; Punkt 3 und 4 der Aktennotiz vom 4. Dezember 1978, Beilage HH; Punkt 5 des Protokolls vom 29. September 1978, Beilage KK; Gesprächsprotokoll Bl 20/12/78 Beilage V) hat im allgemeinen nicht die Aufgabe, Änderungen des Bauvertrages festzuhalten (Jurecka-Kühne-Straube aaO Anm 2 zu B 2110 Abschnitt 2.7). Im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite einer Pönale vereinbarung der vorliegenden Art kann im Zweifel auch nicht davon ausgegangen werden, daß die technischen Bauleiter der beiden Vertragspartner zum Abschluß einer solchen Vereinbarung bevollmächtigt gewesen wären. Die Erklärungen in den Baugesprächsprotokollen sind auch nie in der Form einer Vereinbarung abgefaßt, sondern es geht immer nur um die Bekanntgabe bestimmter neuer Termine. Der Revision kann zwar beigeplichtet werden, daß solchen Erklärungen ein ernst zu nehmender Gehalt zukommt. Dieser erstreckt sich etwa auf die nötige Abstimmung von Leistungsterminen eines Unternehmens mit demjenigen eines anderen Unternehmens; die Nichteinhaltung solcher Termine mag auch Schadenersatzpflichten auslösen. Nur solche Erklärungen für sich allein reichen aber mangels einer ausdrücklichen verbindlichen Zusage nicht aus, eine konkludente Vereinbarung einer neuen Konventionalstrafe anzunehmen (ähnlich 5 Ob 600/83), selbst wenn in Pkt 3.1. der Vertragsbedingungen der Abschluß einer neuen Vereinbarung ins Auge gefaßt worden war. Die Verwendung des Ausdruckes "Terminverzug" oder der Nichtanerkennung eines solchen im Baugesprächsprotokoll Bl 59/09/79 vom 25.September 1979 (Beilage AA Blatt 11 nicht A Blatt 10 wie in der Revision) schafft auch keine zwingenden Anhaltspunkte für das stillschweigende Zustandekommen einer solchen Vereinbarung. Ebendies gilt für die Ankündigung, ein bestimmter Endtermin werde "jedenfalls" eingehalten (Baugesprächsprotokoll Bl 53/08/79 vom 14.August 1979 Beilage W).

Ist aber damit nicht erwiesen, daß zwischen den Streitteilen eine wirksame Vereinbarung über die Zahlung der Konventionalstrafe zustandekam, dann ist auch nicht mehr zu untersuchen, ob die sonstigen Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Zahlung der Konventionalstrafe vorliegen. Insbesondere ist daher nicht zu prüfen, ob ein Verschulden der beklagten Parteien erforderlich wäre und vorliegt oder ob die Verzögerungen durch Umstände eingetreten sind, die ausschließlich von der klagenden Partei zu vertreten sind. Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

Anmerkung

E14628

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1988:0030OB00520.88.0622.000

Dokumentnummer

JJT_19880622_OGH0002_0030OB00520_8800000_000

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