

# TE OGH 1981/12/10 7Ob786/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.1981

## Norm

ABGB §919

ABGB §1336

HGB §348

HGB §351

HGB §376

## Kopf

SZ 54/186

## Spruch

Ein Fixgeschäft kann auch durch Vereinbarung des Ausschlusses einer verspäteten Zahlung des Käufers begründet werden

Begeht ein Kaufmann die Mäßigung einer Vertragsstrafe, so muß er behaupten und beweisen, daß er bloß Minderkaufmann ist oder die Vertragsstrafe außerhalb seines Handelsgewerbes versprochen hat

OGH 10. Dezember 1981, 7 Ob 786/81 (OLG Wien 1 R 100/81; HG Wien 21 Cg 919/80)

## Text

Mit Kaufvertrag vom 10. September 1980 verkaufte die Klägerin dem Beklagten ihren fahrbaren Würstelstand um den Kaufpreis von 420 000 S. Gleichzeitig schlossen die Streitteile die "Zahlungsvereinbarung" mit folgendem Inhalt:

"Frau Helga A (Klägerin) bestätigt hiemit den Empfang der Anzahlung von 30% vom Kaufpreis in Höhe von 420 000 S (das ist 126 000 S). Der Restbetrag von 294 000 S wird innerhalb 15 Tagen durch Überweisung von der Ersten Österreichischen Spar-Casse auf das Konto der Frau Helga A bei der Creditanstalt-Bankverein bezahlt.

Sollte die Überweisung nicht binnen 15 Tagen erfolgt sein, erfolgt seitens des Herrn K (Beklagter) Barzahlung binnen drei Tagen nach Ablauf der Frist, andernfalls die Anzahlung zugunsten Frau Helga A verfällt und obgenanntes Rechtsgeschäft gegenstandslos wird."

Mit der Klage begeht die Klägerin vom Beklagten die Rückstellung des (ihm bereits übergebenen) Würstelstandes. Sie stellt außerdem das Eventualbegehren, den Beklagten zur Zahlung von 294 000 S samt Anhang (restlicher Kaufpreis) zu verurteilen. Nach dem Klagsvorbringen sei ursprünglich die Entrichtung des gesamten Kaufpreises durch den Beklagten bei Vertragsunterfertigung vorgesehen gewesen. Erst bei der Besprechung vom 10. September 1980 habe der Beklagte erklärt, daß er die Zahlung des Kaufpreises mit Hilfe eines Bankkredites vorziehe. Damit habe sich die Klägerin einverstanden erklärt. Trotz Zahlungsaufforderung am 29. September 1980 habe der Beklagte bisher den restlichen Kaufpreis von 294 000 S nicht entrichtet.

Der Beklagte beantragt Klagsabweisung und wendet Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ein, wonach die geleistete

Anzahlung von 30% des Kaufpreises (126 000 S) verfalle, wenn von ihm der Restkaufpreis von 294 000 S nicht binnen 18 Tagen bezahlt werden sollte. Die Klägerin habe überdies eine ihm bereits am 11. September 1980 übergebene Erklärung, die Gewerbeberechtigung für den Würstelstand zu seinen Gunsten zurückzulegen, bei der Gewerbebehörde widerrufen und dadurch einen wesentlichen Punkt des Kaufvertrages nicht erfüllt. Dadurch sei dem Beklagten ein Schaden in der Höhe von mindestens 15 000 S entstanden, den er aufrechnungsweise geltend mache. Zur Zurückstellung des Würstelstandes wäre überdies der Beklagte nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der geleisteten Anzahlung verpflichtet.

Das Erstgericht entschied im Sinne des Hauptbegehrens der Klägerin. Nach seinen Feststellungen einigten sich die Streitteile nach mehrmaliger Besichtigung des Würstelstandes durch den Beklagten auf einen Kaufpreis von 420 000 S zuzüglich Umsatzsteuer. Während vorerst der Beklagte erklärt hatte, daß er den Würstelstand bar auszahlen werde, bot er der Klägerin bei der Besprechung am 10. September 1980 lediglich eine Anzahlung von 30% des Kaufpreises (126 000 S) an. Den Restbetrag von 294 000 S wollte der Beklagte durch eine Kreditaufnahme bei der Ersten Österreichischen Spar-Casse aufbringen und innerhalb von 15 Tagen auf das Konto der Klägerin bei der Creditanstalt-Bankverein überweisen. Mit dieser vom Beklagten vorgeschlagenen Entrichtung des Kaufpreises erklärte sich die Klägerin einverstanden.

Nach Ansicht des Erstgerichtes habe die Klägerin mit dem Beklagten ein Fixgeschäft im Sinne des § 919 ABGB abgeschlossen. Da der Beklagte den Kaufpreisrest von 294 000 S nicht bis 28. September 1980 entrichtet habe, seien mit diesem Tage die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag erloschen. Die getroffene Vereinbarung über den Verfall der geleisteten Anzahlung sei als unentgeltlicher Verzicht des Beklagten auf seinen allfälligen künftig entstehenden Rückforderungsanspruch nach § 921 ABGB zu betrachten. Dieser Schulderlaß sei das Ergebnis völlig individueller Vertragsverhandlungen der Streitteile ohne Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und von Vertragsformblättern und verstoße daher nicht gegen die Bestimmung des § 879 Abs. 3 ABGB.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Prozeßgericht erster Instanz zurück. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichtes, daß es sich bei dem Kaufvertrag im Hinblick auf die zwischen den Streitteilen getroffene Zahlungsvereinbarung um ein Fixgeschäft handle. Allerdings habe der Gläubiger auch beim Fixgeschäft das Recht, trotz Versäumung des fixierten Termins auf Vertragserfüllung zu bestehen, sofern er dies dem Schuldner ohne Verzug anzeigen. Erfolge eine solche Anzeige durch den Gläubiger, dann werde dadurch das Fixgeschäft in ein einfaches Zeitgeschäft umgewandelt. In der von der Klägerin am 29. September 1980 an den Beklagten gerichteten Zahlungsaufforderung könne jedoch deren Anzeige, auf Vertragserfüllung zu bestehen, nicht erblickt werden. Der letzte Tag der am 10. September 1980 vereinbarten höchstens 18 tägigen Frist (28. September 1980) sei nämlich auf einen Sonntag gefallen. Nach § 903 Satz 3 ABGB sei daher mangels einer gegenteiligen Vereinbarung der nächste Werktag, also der 29. September 1980, an seine Stelle getreten. Die Klägerin habe somit die Zahlung des Restkaufpreises am letzten Tag der vereinbarten Frist begehrte. Auch aus der Stellung eines Eventualbegehrens auf Zahlung des Restkaufpreises könne nicht auf den Willen der Klägerin geschlossen werden, auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Im Hinblick auf den Verzug des Beklagten mit der Zahlung des Restkaufpreises von 294 000 S sei daher das Fixgeschäft (Kaufvertrag vom 10. September 1980) mit Ablauf des 29. September 1980 aufgelöst worden. Die vom Beklagten erst nachher erhobenen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche seien für die bereits erfolgte Vertragsauflösung ohne Bedeutung. Daß die behauptete Verletzung der Vertragsverpflichtung zur Zurücklegung der Gewerbeberechtigung durch die Klägerin noch vor der durch die Versäumung der Zahlungsfrist durch den Beklagten bewirkten Auflösung des Kaufvertrages erfolgt sei, sei im Verfahren erster Instanz nicht behauptet worden. Die Bestimmung des Art. 8 Abs. 21 EVHGB schließe nur den Vertragsrücktritt nach § 918 ABGB aus. Das Hauptbegehr der Klägerin auf Zurückstellung des bereits übergebenen Kaufgegenstandes sei daher dem Grunde nach berechtigt. Zu prüfen sei aber, ob diesem Anspruch eine Zug-um Zug-Verpflichtung der Klägerin auf Zurückstellung des vom Beklagten bereits entrichteten Kaufpreisteiles gegenüberstehe. Die vom Beklagten geleistete Teilzahlung von 126 000 S könne schon auf Grund ihrer Höhe nicht mehr als Angeld im Sinne des § 908 ABGB angesehen werden, das die Klägerin im Hinblick auf die schuldhafte Nichterfüllung des Vertrages durch den Beklagten behalten könnte. Der zwischen den Streitteilen verabredete Verfall dieser Anzahlung sei als Konventionalstrafe im Sinne des § 1336 ABGB zu betrachten, die auf Verlangen der richterlichen Mäßigung unterliege. Ein solches Verlangen sei in der vom Beklagten erhobenen Einrede der Sittenwidrigkeit der vorgenannten Vereinbarung enthalten. Allerdings könne eine Vertragsstrafe, die von

einem Vollkaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen werde, nicht nach § 1336 Abs. 2 ABGB herabgesetzt werden. Außerdem könnte die Vertragsstrafe nicht unter die Höhe des tatsächlichen Schadens gemindert werden. Feststellungen über die Höhe des der Klägerin durch den Zahlungsverzug des Beklagten entstandenen Schadens fehlten jedoch in dem angefochtenen Urteil. Auch die vom Beklagten behauptete Sittenwidrigkeit der vereinbarten Verfallsklausel könnte nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Eine Konventionalstrafe könnte allerdings nur dann sittenwidrig sein, wenn der erlittene Schaden des Gläubigers unverhältnismäßig geringer wäre als der vereinbarte Vergütungsbetrag. Es müßte daher ein offenbar unbegründeter Vermögensvorteil des Gläubigers vorliegen, der dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft widerspräche. Auch unter diesem Gesichtspunkt seien Feststellungen über den der Klägerin durch den Verzug des Beklagten entstandenen Schaden unerlässlich.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Rekurs der Klägerin Folge, hob den angefochtenen Beschuß auf und trug dem Berufungsgericht eine neue Entscheidung auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Der OGH billigt die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß es sich bei dem Verkauf des Würstelstandes der Klägerin im Hinblick auf die gleichzeitig von den Streitteilen getroffenen Zahlungsvereinbarung um ein Fixgeschäft im Sinne der §§ 919 ABGB, 376 HGB handelt. Ein solches ist nämlich dann anzunehmen, wenn die Erfüllung zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen einer fest bestimmten Frist bei sonstigem Rücktritt bedungen ist. Zur Vereinbarung einer fest bestimmten Zeit oder Frist für die Erfüllung muß daher der ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erkennbare Parteiwillen hinzutreten, daß nur eine zeitgerechte Leistung als Erfüllung zu werten ist und der Gläubiger schon jetzt für den Fall des Verzuges des Schuldners seinen Rücktritt erklärt (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 475 f.; Häammerle - Wünsch, Handelsrecht[3] III, 231; Koziol - Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechtes[5] I, 204; SZ 39/223; JBl. 1976, 535; HS 5350, 7306 bis 7308). Der im Gesetz (§ 919 ABGB) gebrauchte Ausdruck "bei sonstigem Rücktritt" ist allerdings nicht wörtlich zu verstehen. Auch die Verabredung einer sogenannten kassatorischen Klausel oder die Vereinbarung der Vertragsparteien, daß eine verspätete Vertragserfüllung ausgeschlossen ist, genügen für die Annahme eines Fixgeschäftes (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 476; Koziol - Welser[5] I, 204; JBl. 1976, 535). Ein solches kann sowohl hinsichtlich der Lieferzeit als auch - wie hier - hinsichtlich der Zahlungszeit vereinbart werden (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 475; Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 75; RGR-Kommentar zum HGB[3] IV, 322 f.).

Hier haben die Streitteile für die Zahlung des Restkaufpreises durch den Beklagten einen fixen Termin (längstens 18 Tage nach Vertragsabschluß) vereinbart, anderenfalls der Kaufvertrag gegenstandslos wird. Diese Vereinbarung kann nur so verstanden werden, daß die Klägerin schon bei Vertragsabschluß für den Fall des Verzuges des Beklagten mit der Zahlung des Restkaufpreises ihren Vertragsrücktritt erklärte. Bei einem Fixgeschäft hat aber der Gläubiger nach Ablauf der Erfüllungszeit nur dann einen Anspruch auf nachträgliche Erfüllung, wenn er dies dem Schuldner ohne Verzug anzeigt. Unterläßt der Gläubiger eine derartige rechtzeitige Anzeige, so ist er als vom Vertrag zurückgetreten anzusehen (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 478). Warum im vorliegenden Fall eine nach Fristablauf erfolgte Anzeige der Klägerin, daß sie auf Vertragserfüllung bestehe, auszuschließen ist, hat das Berufungsgericht zutreffend dargelegt. Durch den Zahlungsverzug des Beklagten wurde somit der zwischen den Streitteilen geschlossene Kaufvertrag aufgehoben, ohne daß es einer Rücktrittserklärung der Klägerin bedurfte (Koziol - Welser[5] I, 204). Dies hat aber zur Folge, daß jeder der Streitteile das Erhaltene samt den daraus gezogenen Früchten herauszugeben hat (SZ 25/299). Das von der Klägerin primär gestellte Herausgabebegehrten ist somit dem Grunde nach berechtigt. Damit erübrigts sich eine Entscheidung über das Eventualbegehrten.

Zu prüfen ist aber, ob auch dem Beklagten ein Rückforderungsanspruch gegen die Klägerin zusteht. In diesem Falle wäre nämlich der Beklagte zur Herausgabe des Würstelstandes nur Zug um Zug mit der von der Klägerin zu erbringenden Gegenleistung verpflichtet (SZ 38/17).

Den Rekursausführungen, die in der Zahlungsvereinbarung enthaltene Klausel "andernfalls die Anzahlung zugunsten von Frau Helga A verfällt" sei als unentgeltlicher Verzicht des Beklagten auf einen ihm allenfalls künftig zustehenden Rückabwicklungsanspruch nach § 921 ABGB zu betrachten, kann allerdings nicht gefolgt werden. Nach dem Wortlaut dieser Vertragsklausel soll nämlich die vom Beklagten geleistete Zahlung dann verfallen, wenn er seiner Verpflichtung zur Entrichtung des restlichen Kaufpreises nicht fristgerecht nachkommen sollte. Diese Vereinbarung der Streitteile kann nur so verstanden werden, daß die Klägerin bei nicht fristgerechter Vertragserfüllung durch den Beklagten an

Stelle des ihr dadurch entstandenen Schadens die erhaltene Anzahlung behalten darf. Eine solche Vertragsbestimmung ist aber als Vereinbarung einer Vertragsstrafe im Sinne des § 1336 ABGB zu betrachten. Die Vereinbarung der Leistung eines Angeldes scheidet im vorliegenden Falle schon deshalb aus, weil es sich bei diesem um eine im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügige Summe handeln muß, von der angenommen werden kann, daß der Käufer auf ihre Rückzahlung verzichtet, falls er ohne Grund vom Vertrag zurücktreten oder dessen Erfüllung verzögern sollte (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 384; SZ 26/176; EvBl. 1967/198). Dies ist jedoch hier schon deshalb nicht der Fall, weil die vom Beklagten geleistete Zahlung 30% des Kaufpreises beträgt (SZ 24/289; SZ 26/176; RZ 1979/46). Außerdem wird der vom Beklagten zu leistende Geldbetrag von den Streitteilen ausdrücklich als Anzahlung bezeichnet. Auch dies spricht dafür, daß nicht die Entrichtung eines Angeldes, sondern einer Teilzahlung vereinbart wurde (JBl. 1958, 445).

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die unbillig hohe Vertragsstrafe auf Verlangen der richterlichen Mäßigung unterliegt und ein derartiges Begehrten in der vom Beklagten eingewendeten Sittenwidrigkeit des verabredeten Vergütungsbetrages inbegriffen ist. Die von einem Vollkaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochene Vertragsstrafe unterliegt jedoch im Hinblick auf die Regelung des § 348 HGB nicht der richterlichen Mäßigung nach § 1336 Abs. 2 ABGB. Allerdings ist § 348 HGB auf Minderkaufleute im Sinne des § 4 HGB nicht anzuwenden (§ 351 HGB, Schlegelberger, Kommentar zum HGB[5] IV, 158 und 187 f; Hä默le - Wünsch, Handelsrecht[3] I, 128). Die Eigenschaft als Minderkaufmann muß aber stets derjenige beweisen, der daraus Rechte ableitet (Schlegelberger[5] IV, 159 und 188; Hä默le - Wünsch[3] I, 128; EvBl. 1979/201; RZ 159, 178; RZ 1960, 121). Von der in SZ 39/128 vertretenen gegenteiligen Rechtsansicht ist der OGH in seiner Entscheidung EvBl. 1979/201 wieder abgegangen. Auch daß die Vertragsstrafe allenfalls außerhalb seines Handelsgewerbes versprochen wurde, muß von dem deren Minderung begehrenden Kaufmann im Hinblick auf die Vermutung des § 344 HGB bewiesen werden (Hä默le - Wünsch, Handelsrecht[3] III, 64).

Hier schließt, wie bereits ausgeführt, die vom Beklagten erhobene Einrede der Sittenwidrigkeit der vereinbarten Vertragsstrafe dessen Begehrten auf richterliche Mäßigung in sich. Obwohl der im Kaufvertrag vom 10. September 1980 ausdrücklich als Geschäftsmann bezeichnete Beklagte auch in seiner Klagebeantwortung als seinen Beruf Kaufmann angibt, wurde von ihm im Verfahren erster Instanz niemals seine Minderkaufmannseigenschaft behauptet oder ein Vorbringen in dieser Richtung erstattet. Auch eine Prozeßbehauptung, daß das Rechtsgeschäft außerhalb seines Handelsgewerbes abgeschlossen worden wäre, wurde vom Beklagten nicht aufgestellt. Es ist daher davon auszugehen, daß er die Vertragsstrafe als Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hat und daher eine richterliche Mäßigung des zugesagten Vergütungsbetrages nicht zu erfolgen hat. Damit erübrigt sich die vom Berufungsgericht angeordnete Verfahrensergänzung über die Höhe des der Klägerin durch den Zahlungsverzug des Beklagten verursachten Schadens. Die vom Beklagten behauptete Zug-um-Zug-Verpflichtung der Klägerin auf Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreisteilbetrages von 126 000 S besteht somit nicht zu Recht.

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe kann allerdings auch sittenwidrig sein. Hierzu reicht jedoch die bloße Zusage einer übermäßig hohen Vertragsstrafe nicht aus. In diesem Falle ist nämlich die richterliche Mäßigung vorgesehen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten könnte daher nur dann vorliegen, wenn die Zahlung des die Höhe des tatsächlichen Schadens übersteigenden Teiles der Konventionalstrafe die wirtschaftliche Existenz des Schuldners vernichten oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig einschränken würde (SZ 23/372; JBl. 1976/487; vgl. auch Hä默le - Wünsch, Handelsrecht[3] III, 64). Da derartiges vom Beklagten ebenfalls nicht einmal behauptet wurde, erübrigt sich auch eine Verfahrensergänzung in dieser Richtung. Eine Aufrechnung mit den vom Beklagten einredeweise geltend gemachten Preisminderungs- und Schadenersatzansprüchen ist hingegen schon mangels Gleichartigkeit von Klagsanspruch (Hauptbegehrten) und Gegenforderung (Herausgabeanspruch gegenüber Geldforderung) nach § 1438 ABGB unzulässig (Gschnitzer in Klang[2] VI, 506 ff.; Fasching III, 579). Die Rechtssache ist somit im Sinne einer Bestätigung des Ersturteiles spruchreif.

### **Anmerkung**

Z54186

### **Schlagworte**

Fixgeschäft bei Ausschluß einer verspäteten Kaufpreiszahlung, Kaufmann, Beweislast bei Mäßigung einer Vertragsstrafe, Vertragsstrafe, Beweislast bei von Kaufmann begehrter Mäßigung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1981:0070OB00786.81.1210.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19811210\_OGH0002\_0070OB00786\_8100000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)