

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Univ. Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Franz G\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt in Wels, als Masseverwalter im Konkurs der \*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* GmbH, wider die beklagte Partei P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Weixelbaum-Humer-Trenkwalder & Partner, Rechtsanwälte OEG in Linz, wegen EUR 444.565,51 s.A, infolge Rekurses der beklagten Partei (Rekursinteresse EUR 428.226,57 sA) gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 27. Dezember 2004, GZ 1 R 148/04x-67, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 10. Mai 2004, GZ 30 Cg 50/04p-60, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung selbst zu tragen

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Beklagte erteilte 1994 der späteren Gemeinschuldnerin einen Sammelauftrag über Dachdecker- und Spenglerarbeiten an verschiedenen Stationsgebäuden einer U- Bahnlinie. Das Erstgericht wies das auf Bereicherung bzw restlichen Werklohn gestützte Klagebegehren des Masseverwalters, der gemäß § 21 KO den Vertragsrücktritt erklärt hatte, ab.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil, das im Umfang der Teilabweisung von EUR 16.338, 94 als Teilurteil unangefochten blieb, im übrigen Umfang auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil „zur Frage, ob der Masseverwalter ungeachtet seines Vertragsrücktritts nach § 21 KO an Pönalevereinbarungen der Gemeinschuldnerin gebunden bleibt, keine ausdrückliche oberstgerichtliche Judikatur aufgefunden werden konnte“; ferner gehe die „Auslegung der Ö-Norm A 2060 hinsichtlich der Frage der prozentuellen Begrenzung der Vertragsstrafe über den Einzelfall an Bedeutung hinaus“.

Der Rekurs der Beklagten gegen diese Entscheidung ist - entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulässigkeitsausspruch (§ 526 Abs 2 ZPO ) - nicht zulässig.

1.) Zum Vertragsrücktritt des Masseverwalters gemäß §21 KO und zur Frage, ob nach einem Rücktritt gemäß § 21 Abs 1 KO dem Bereicherungsanspruch des

Masseverwalters nur tatsächlich entstandene Schadenersatzansprüche oder auch eine diese allenfalls übersteigende Konventionalstrafe entgegengehalten werden können:

Der Masseverwalter kann nach ständiger Rechtsprechung aus einer Rücktrittserklärung gemäß § 21 KO bezüglich des vom Gemeinschuldner dem anderen Teil Geleisteten kein Rückforderungsrecht ableiten. Er kann die erbrachten Leistungen nur dann und nur soweit zurückfordern, als der Vertragspartner - unter Berücksichtigung der von beiden Teilen bisher erbrachten Leistungen - auf Kosten der Konkursmasse bereichert wäre. Eine solche Bereicherung der Masse kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Wert der vom Gemeinschuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Gegenleistungen des anderen Vertragsteils sowie dessen allfällige weitere Schadenersatzansprüche (§ 21 Abs 2 Satz 3 KO) übersteigt (SZ 54/168; SZ 61/170). Zum Recht des Masseverwalters nach § 23 Abs 1 KO wurde bereits ausgesprochen, dass bei der Kündigung eines Bestandverhältnisses dem Gegner nach § 23 Abs 1 KO ein Schadenersatzanspruch (Differenzanspruch wegen Nichterfüllung) zustehe und die Vertragsstrafenvereinbarung durch die Konkureröffnung insoweit unwirksam werde, als der Vergütungsbetrag den tatsächlich eingetretenen Schaden übersteige (SZ 49/109; RIS-Justiz RS0032080). Diese Rechtsprechung findet ihre Begründung darin, dass das privilegierte Kündigungsrecht des Masseverwalters durch vor Konkureröffnung geschlossene Vereinbarungen nicht beschränkbar ist. Eine sich dagegen richtende Konventionalstrafenvereinbarung verstößt gegen zwingendes Recht. Im vorliegenden Fall wird jedoch kein Rücktrittsrecht des Masseverwalters pönalisiert, sondern die Verzögerung in

der Fertigstellung des Werks. Die Besonderheit liegt darin, dass die Pönaleforderung nicht mit dem durch die Konkursöffnung bedingten Vertragsrücktritt entstand, sondern bereits zuvor mit jedem Tag der Fristüberschreitung angefallen war. Es handelt sich um einen vor der Konkursöffnung entstandenen und mit dieser in keinem rechtlichen Zusammenhang stehenden Anspruch. Da sich die Pönalezahlungen auf einen Zeitraum vor Konkursöffnung beziehen, bleibt die für die zu spät erbrachte Leistung vereinbarte Konventionalstrafe vollinhaltlich aufrecht. Sie unterliegt lediglich den Einschränkungen, von denen sie auch ohne Konkursöffnung betroffen wäre. Die Aufrechnung mit den vom Masseverwalter geltend gemachten Ansprüchen (Bereicherungsanspruch, Werklohnanspruch) ist daher zulässig. Nach Konkursöffnung entstandene Pönaleforderungen, für die die vom Berufungsgericht aufgeworfene (erste) Rechtsfrage bedeutsam wäre, sind nicht Gegenstand der Entscheidung.

## 2.) Zur Auslegung der Ö-Norm A 2060:

Da es sich bei Ö-Normen weder um von einer der Vertragsparteien aufgestellte allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite - dem Österreichischen Normungsinstitut- herausgegeben werden, sind ihre Bestimmungen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, dh unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände, gemäß § 914 ABGB auszulegen. Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich für einen durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen. Im Zweifel bietet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehelf (3 Ob 2327/96v

mWN). An diese Grundsätze hat sich das Berufungsgericht bei der Auslegung des Punkts 2.16.4.2 im Zusammenhalt mit Abschnitt 2.17.1 der Ö-Norm A 2060 in der damals zur Anwendung zu bringenden Fassung gehalten (S 16 der Berufungsentscheidung), wenn es zu dem Ergebnis gelangte, diese Bestimmungen würden darauf abstellen, nicht eine starre prozentuelle Begrenzung, sondern das jeweils nach den Gegebenheiten des Einzelfalls anzuwendende richterliche Mäßigungsrecht biete Schutz vor einer überhöhten Konventionalstrafe. Zumal die Begrenzung der Vertragsstrafe in den entsprechenden Ö-Normen nunmehr anders geregelt ist, kommt der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung auch keine erhebliche Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zu.

3.) Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin haben die Parteien das in der Ö-Norm A 2060 enthaltene richterliche Mäßigungsrecht durch den Hinweis auf die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen („VD 313“) nicht abbedungen:

Vertragsgrundlage ist die Auftragsbestätigung vom 17.6.1994/8. 9. 1994. Laut deren Position 4 (übertitelt mit „Vertragsbestandteile“) sind alle Bedingungen, die die Auftraggeberin der Beklagten ihrerseits an diese „gestellt“ hatte, soweit sie den „Lieferumfang“ der nunmehrigen Gemeinschuldnerin betreffen, von dieser „mitzutragen“. Weiters ist dort festgehalten, dass „unter anderem die nachfolgenden Bestimmungen als verbindlich gelten und voll inhaltlich“ von der Gemeinschuldnerin „anerkannt werden“. Danach folgt eine Aufzählung von fünf besonderen Vertragsbestimmungen und zwei „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ der Auftraggeberin der Beklagten (letztere enthalten in den Drucksorten „VD 313“ und „VD 314“). Es folgen die Sätze „Weiters gelten alle

einschlägigen Ö-Normen in vertraglicher und technischer Hinsicht in jener Fassung, die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe Gültigkeit haben ..... Die angeführten Normen bilden einen integrierenden Bestandteil der Bestellung, soweit in nachfolgenden Punkten keine Ergänzungen und Abänderungen vorgenommen werden.“ In der nachfolgenden Position 5 des Auftragsschreibens („Termine“) ist einzeln ausgeführt, zu welchen pönalisierten Terminen (Kalenderwochen) die Leistungen fertig zu stellen seien; die Höhe der Vertragsstrafe wird dann mit „1 % des zivilrechtlichen Preises“ für jeden Kalendertag der überschrittenen Frist festgelegt.

Die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Auftraggeberin der Beklagten („VD 313“) enthalten den Satz, § 1336 ABGB über das richterliche Mäßigungsrecht komme nur zum Tragen, sofern dessen Geltung gemäß den §§ 348 und 351 HGB nicht ausgeschlossen sei. Im Widerspruch dazu steht aber Punkt 2.17.1. der Ö-Norm A 2060. Diese Bestimmung ist - wie oben dargelegt - so zu verstehen, dass § 1336 ABGB über das richterliche Mäßigungsrecht anwendbar sein soll, also auch dann, wenn die Vertragspartner - wie hier - Vollkaufleute sind.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts enthält die von den Streitparteien getroffene vertragliche Regelung zwar grundsätzlich eine Überbindung der zwischen der Beklagten und deren Auftraggeberin vereinbarten Vertragsbedingungen auf die Gemeinschuldnerin und stellt nicht eine „bloße Bekanntgabe und Kenntnisnahme“ dieser Bedingungen dar. Die Beklagte hat nämlich ausdrücklich zu erkennen gegeben, sie wolle die für sie als Generalunternehmerin geltenden Bedingungen ihrer Auftraggeberin in Bausch und Bogen auf die

Gemeinschuldnerin überwälzen und nur im Fall deren Unterwerfung unter diese Vertragsbestimmungen mit ihr abschließen (vgl SZ 61/30). Dennoch ist die Überbindung des in den „VD 313“ enthaltenen Ausschlusses des richterlichen Mäßigungsrechts nach § 1336 ABGB nicht wirksam erfolgt:

Im von der Beklagten verfassten Auftragsschreiben wird zwar ausgeführt, dass die von deren Auftraggeberin vorformulierten umfangreichen Klauselkataloge (Vertragsbestimmungen) auf die Gemeinschuldnerin „vollinhaltlich“ anwendbar sein sollten. Inwieweit bei widersprüchlichen Bestimmungen eine verbindliche Vereinbarung bestehen sollte, wird allerdings nicht dargelegt. Dies sollte die Gemeinschuldnerin offenbar selbst erkennen. Es sollte also in deren Verantwortungsbereich fallen, die Vielzahl der aufgezählten Regelungen zu sichten und anhand der konkreten Geschäftsbeziehung herauszufinden, ob und welche Bestimmungen im Einzelnen einerseits auch ihr Vertragsverhältnis zur Beklagten betreffen, andererseits welche Bestimmung im Falle einer widersprüchlichen Regelung gültig sei. Daraus, dass sich die Gemeinschuldnerin dennoch den zahlreichen, zum Teil widersprüchlichen, vorformulierten und mit ihr nicht ausgehandelten Klauselkatalogen der Auftraggeberin der Beklagten unterwarf, ergab sich eine Ungleichgewichtslage, wie sie der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in typischer Weise zu eigen ist (1 Ob 144/04i). Vor diesem Hintergrund brachte die Gemeinschuldnerin vor, sie habe mit grob nachteiligen Bestimmungen in den Allgemeinen und besonderen Vertragsbedingungen nicht rechnen müssen, weswegen solche Bestimmungen unwirksam bzw nichtig seien (ON 56). Diesem Einwand kommt - soweit er den Ausschluss

des Mäßigungsrechts in den „VD 313“ betrifft- Berechtigung zu:

Die Ungewöhnlichkeit des von der Beklagten in Anspruch genommenen Ausschlusses des richterlichen Mäßigungsrechts ergibt sich schon aus der Art der Einordnung im Text der Auftragsbestätigung, in der unmittelbar vor Position 5 in Position 4 sowohl die Geltung der Allgemeinen Vertragsbedingungen „VD 313“ wie auch der einschlägigen Ö-Normen in “vertraglicher Hinsicht“ vereinbart wurde, „sofern in den nachfolgenden Punkten keine Ergänzungen und Änderungen vorgenommen werden“. Im Zusammenhalt mit Position 5 bedeutet dies, dass die Vereinbarung der nach Tagen zu berechnenden Pönale durch die in der Ö-Norm enthaltene Bestimmung über das richterliche Mäßigungsrecht ergänzt wird (siehe 3 Ob 550/91). Es hätte einer Klarstellung oder eines ausdrücklichen Hinweises bedurft, wenn auf Grund - der im Textbild überdies zuvor (und nicht nachfolgend) - pauschal angeführten Vertragsbestimmungen bzw -bedingungen der Auftraggeberin der Beklagten dennoch von den Ö-Normen, Abweichendes hätte gelten sollen. Dies insbesondere deshalb, da Vertragsbedingungen wie die „VD 313“, was ihre Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise betrifft, nicht den Ö-Normen gleichzuhalten sind. Die Klägerin musste infolge des Verweises auf die Ö-Normen bei Sichtung der Vertragsunterlagen nicht mehr damit rechnen, dass gegenteilig dazu in den „VD313“ der Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechts enthalten sein könnte. Diese Regelung war vielmehr derart „versteckt“, dass sie die Beklagte dort nicht vermuten musste (SZ 56/62). Aus diesem Grund musste sie weiters nicht erkennen, dass der Ausschluss

des richterlichen Mäßigungsrechts nicht nur für die Beklagte im Verhältnis zu deren Auftraggeberin, sondern auch für ihr (eigenes) Vertragsverhältnis Geltung haben könnte. Der Klausel wohnte damit gleichsam ein „Überrumpelungseffekt“ inne (vgl. SZ 60/52). Ausgehend davon ist diese Klausel als Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts zu werten, die der Gemeinschuldnerin nachteilig ist. In Anwendung des auch für Rechtsgeschäfte zwischen Vollkaufleuten geltenden § 864a ABGB (WBl 1989,285) kommt ihr damit keine Vertragskraft zu. Der in den „VD 313“ enthaltene Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechts wurde im Vertragsverhältnis der Streitparteien somit nicht wirksam vereinbart.

4.) Die Rekurswerberin wendet sich ferner gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dass für die mangelnde Erbringung von Werkleistungen bezüglich der Station U 6/13 eine Pönale nicht gerechtfertigt sei, weil die Konkurseröffnung (19. 7. 1995) schon vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin (4. 8. 1995) erfolgt sei. Da ein „einheitlicher Gesamtauftrag“ für mehrere Baulose erteilt worden sei, könne nur ein „einheitlicher Werklohn“ zustehen, dem die vereinbarte Pönale gegenüberstehe. Die Rekurswerberin lässt dabei unbeachtet, dass der Auftrag für verschiedene Stationsgebäude vergeben wurde und jeweils verschiedene Preisabsprachen getroffen bzw. Fertigstellungstermine vereinbart wurden. Die in Position 5. der Auftragsbestätigung bzw. später vereinbarten pönalisierten Termine beziehen sich demnach jeweils auf die Fertigstellung der Arbeiten für ein bestimmtes Stationsgebäude. Die Pönale fällt daher nur insoweit an, als die jeweiligen Arbeiten einer bestimmten Baustelle (Station) nicht termingerecht fertiggestellt wurden.

5.) Dem Einwand in der Rekursbeantwortung, die Beklagte habe im gegenständlichen Rechtsstreit keine „taugliche Aufrechnungserklärung“ abgegeben, ist die im Schriftsatz vom 21. 2. 2003 ausreichend deutlich (ON 51) erfolgte (prozessuale) Aufrechnungserklärung der Beklagten entgegenzuhalten, auf die auch schon das Gericht zweiter Instanz in seiner Entscheidung hingewiesen hat.

6.) Dem weiteren Einwand der Gemeinschuldnerin, die vereinbarte Vertragsstrafe beziehe sich ausschließlich auf die im Auftragsschreiben angegebenen, nicht aber auf die vertraglich verlängerten Fertigstellungstermine, ist zu entgegnen, dass die Gemeinschuldnerin an der rechtzeitigen Erbringung ihrer Werkleistungen weder durch die Beklagte noch durch andere Subunternehmer gehindert war. Nur in diesem Fall wäre nach redlicher Verkehrsübung die Vertragsstrafe nicht zu entrichten und würden sich die vertraglich festgelegten Fertigstellungstermine entsprechend verlängern. Im gegenständlichen Fall erfolgte die Verlängerung der Fertigstellungstermine aber nicht infolge eines Verhaltens des Werkbestellers, sondern allein auf Grund einer im Interesse der Werkunternehmerin (der Gemeinschuldnerin) gelegenen Vereinbarung, der ohne diese Vereinbarung der Beweis obliegen wäre, die verspätete Erfüllung sei nicht auf ihr Verschulden, sondern auf andere Umstände zurückzuführen. Ausgehend davon lässt das Hinausschieben des Fertigstellungstermins nicht den Schluss darauf zu, dass damit die zur Absicherung der rechtzeitigen Erfüllung wesentliche Bestimmung einer Pönalezahlung hinfällig werden sollte. Vielmehr bedurfte es in dieser Situation keiner neuen Pönalevereinbarung, sondern hätte die Pönaleverpflichtung abbedungen werden müssen, wenn sie nicht mehr aufrecht

bleiben hätte sollen. Ausgehend davon ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Pönalevereinbarung habe trotz Verlängerung der Fertigstellungstermine weiter gegolten, nicht zu beanstanden.

7.) Der Beklagten gelang es nicht, eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage aufzuzeigen. Der unzulässige Rekurs ist daher zurückzuweisen. Bei der Zurückweisungsentscheidung konnte sich der Oberste Gerichtshof auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40 und 50 ZPO. Der Kläger hat auf die Unzulässigkeit des gegnerischen Rechtsmittels nicht hingewiesen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 27. September 2005  
Dr. G e r s t e n e c k e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: