

**HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER
RECHTSANWÄLTE**

A-8010 GRAZ, HARTENAUASSE 6
TEL +43-316-383636 FAX-DW 39
kanzlei@hohenberg.at - www.hohenberg.at

MAG. CLEMENS STRAUSS
clemens.strauss@hohenberg.at

DR. PETER BUCHBAUER
peter.buchbauer@hohenberg.at

DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
konstantin.pochmarski@hohenberg.at

MAG. WOLFGANG GINDL
wolfgang.gindl@hohenberg.at

MAG. MARIO WALCHER LL.M.
mario.walcher@hohenberg.at

MAG. CHRISTINA KOBER BAKK.
christina.kober@hohenberg.at

COVID-19

COVID-19 UND PÖNALEN

**DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
MAG. CHRISTINA KOBER, BAKK.**

STAND 05.04.2020

COVID-19 COVID-19 und Pönalen

Entsprechend der Einigung zwischen den Sozialpartnern vom 26.03.2020 ist eine Weiterarbeit auf Baustellen unter strengen Bedingungen möglich. Jede Weiterarbeit wird aber von **Behinderungen und Leistungsstörungen** gekennzeichnet sein, welche zu **Zeitverzögerungen** in Bauablauf führen:

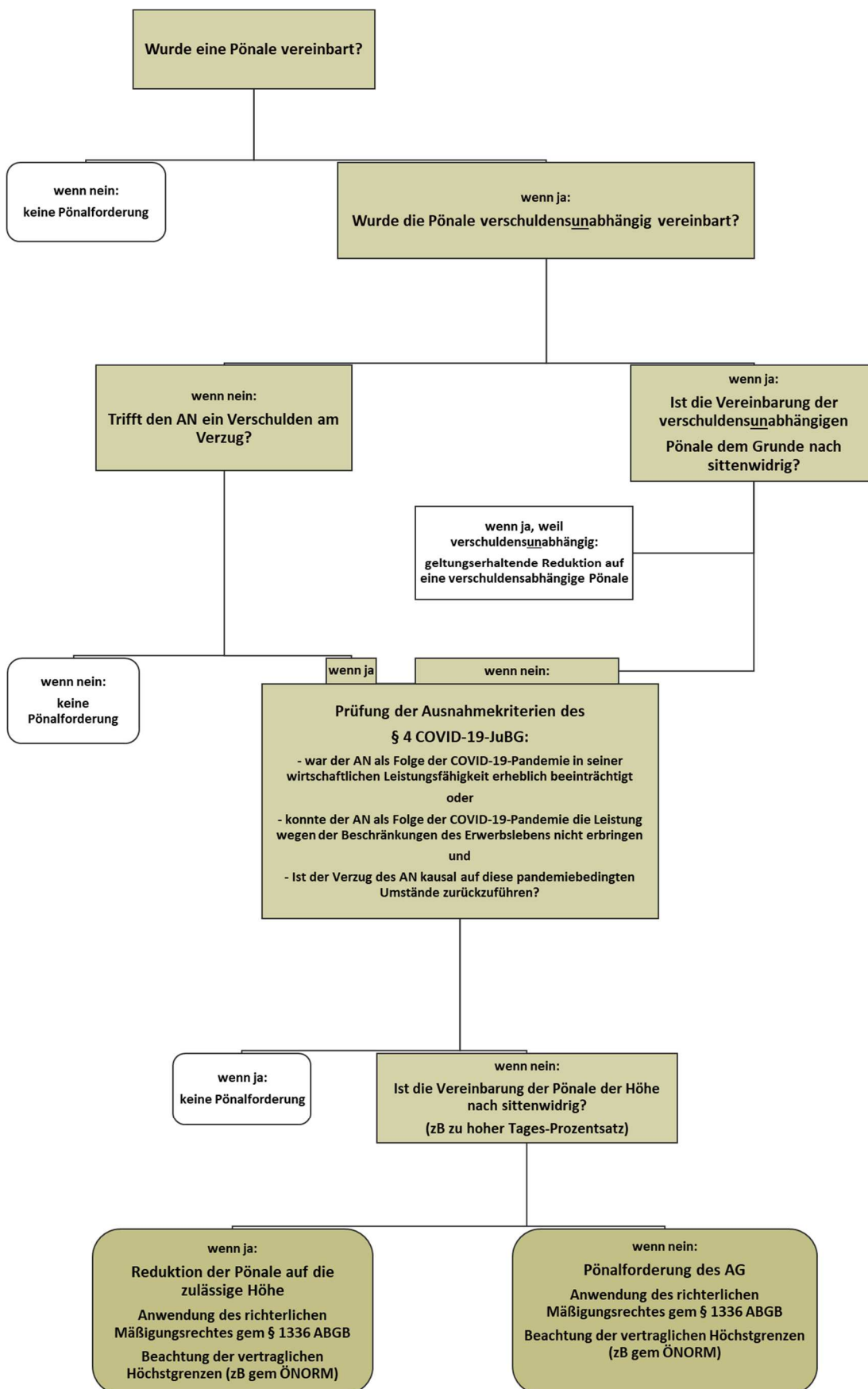
Die notwendige Schutzausrüstung wird uU nicht sofort zu beschaffen sein, Bauabläufe müssen umgestellt werden, um den Schutzmaßnahmen zu entsprechen, Lieferketten sind unterbrochen und Lieferungen verzögern sich, Sub-Unternehmer leisten bloß verzögert oder fallen überhaupt aus.

Nach den ersten Schritten, die Baustellen wieder in Gang zu bringen, wird für AG und AN auch die Prüfung der **Geltendmachung von Pönalen und Schatzersatzforderungen** bzw deren Abwehr notwendig sein.

Der nachfolgende Beitrag von **Dr. Konstantin Pochmarski** und **Mag. Christina Kober, Bakk.** von der HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER Rechtsanwälte GmbH soll für AG und AN eine Roadmap sein, die Voraussetzungen für das **Bestehen bzw Nichtbestehen von Pönalforderungen und Schatzersatzansprüchen** aus der zeitlichen Verzögerung von Bauprojekten zu prüfen. Die Ausdrücke „Pönale“ und „Vertragsstrafe“ haben keine unterschiedliche Bedeutung; sie werden daher im folgenden Synonym verwendet.

Bedenken Sie freilich, dass sich der rechtliche Rahmen nahezu täglich ändert, wenn zB durch Verordnungen oder Gesetze neue Beschränkungen erfolgen, sodass der vorliegende Beitrag nur die aktuelle Situation darstellen kann. Zudem ist zu bedenken, dass die COVID-Pandemie bislang noch unbekannte Ausmaße hat, sodass deren Beurteilung durch Gerichte nicht genau vorhergesehen werden kann. Bedenken Sie auch, dass allgemeine Überlegungen nie eine konkrete Prüfung und Beurteilung des einzelnen Sachverhaltes ersetzen können.

I. Roadmap Pönale:



II. Rechtliche Ausgangssituation:

1. Am Sonntag, den 15.03.2020, wurde das **COVID-19-Gesetz** erlassen und noch am selben Tag publiziert (BGBl I 2020/12). Es handelt sich dabei um ein Sammelgesetz, das in diverse bestehende Gesetze eingreift bzw das COVID-19 Maßnahmen-gesetz neu geschaffen hat.

Das **COVID-19-Maßnahmen-gesetz** sieht vor, dass durch Verordnung des Gesundheitsministers, der Landeshauptleute und der Bezirksverwaltungsbehörden das **Betreten von bestimmten Orten** untersagt werden kann, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

2. Auf Basis des § 2 COVID-19-Maßnahmen-gesetzes wurde am 15.03.2020 die **98. Verordnung** des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz BGBl II 2020/98 kundgemacht (in der Folge kurz als **98. COVID-VO** bezeichnet), die für ganz Österreich von **16.03.2020 bis einschließlich 22.03.2020** geltende Regelungen enthielt.
3. Mit BGBl II Nr. 107/2020 vom 19.03.2020 wurde die **107. Verordnung** des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmen-gesetzes geändert wird (in der Folge kurz als **107. COVID-VO** bezeichnet) kundgemacht, welche die Regelungen zur Ausnahme vom verordneten Betretungsverbot für den Zeitraum **ab 20.03.2020** abänderte.
4. Mit BGBl II Nr. 108/2020 vom 19.03.2020 wurde die **108. Verordnung** des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmen-gesetzes geändert wird (in der Folge kurz als **108. COVID-VO** bezeichnet) kundgemacht, welche die Regelungen zur Ausnahme vom verordneten Betretungsverbot für den Zeitraum **ab 20.03.2020** wiederum abänderte und die Geltungsdauer der 98. COVID-VO **bis 13.04.2020** verlängerte.
5. Mit BGBl I Nr 24/2020 wurde im Zuge des 4. COVID-19-Gesetzes das 2. Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz (2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz - 2. COVID-19-JuBG) kundgemacht, welches im hier interessierenden Teil rückwirkend mit **01.04.2020** anzuwenden und bis **30.06.2022** in Kraft ist (vgl § 17 Abs 2 des 2. COVID-19-JuBG).

§ 4 des 2. COVID-19-JuBG regelt den **Ausschluss von Konventionalstrafen**, auf welchen unten noch näher einzugehen sein wird.

III. Gesetzlicher Ausschluss von Pönalen:

1. Mit BGBl I Nr 24/2020 wurde im Zuge des 4. COVID-19-Gesetzes das 2. Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz (2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz - 2. COVID-19-JuBG) kundegemacht, welches im hier interessierenden Teil rückwirkend mit **01.04.2020** anzuwenden und bis **30.06.2022** in Kraft ist.

§ 4 des 2. COVID-19-JuBG regelt den **Ausschluss von Konventionalstrafen** wie folgt:

*Soweit bei einem vor dem 1. April 2020 eingegangenen Vertragsverhältnis der Schuldner in Verzug gerät, weil er als Folge der COVID-19-Pandemie entweder **in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist** oder die **Leistung wegen der Beschränkungen des Erwerbslebens nicht erbringen kann**, ist er nicht verpflichtet, eine vereinbarte Konventionalstrafe im Sinn des § 1336 ABGB zu zahlen. Das gilt auch, wenn vereinbart wurde, dass die Konventionalstrafe **unabhängig von einem Verschulden des Schuldners am Verzug zu entrichten ist.***

2. Im Bericht des Budgetausschusses zum 4. COVID-19-Gesetz (116 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, S 18f) wird dazu erläuternd ausgeführt, dass diese Bestimmung den Fall vor Augen hat, **dass dem Schuldner die Erbringung seiner Leistung wegen der durch die COVID-19-Pandemie verursachten Beschränkungen des Erwerbslebens verunmöglicht wird.**

Zu denken sei etwa an den Fall, dass ein Bauunternehmer – etwa wegen Quarantänemaßnahmen in dem Ort, in dem sich die Baustelle befindet, oder wegen bestimmter Einschränkungen etwa auf Verordnungsebene oder durch behördliche Anordnungen oder auch schlicht wegen einer faktischen Beeinträchtigung des Baugeschehens wegen des Gebots des „social distancing“ – nicht in der Lage ist, die Bauarbeiten zur Erfüllung eines Werkvertrags planmäßig voranzutreiben.

Das kann etwa der Fall sein, wenn die Bauarbeiten für eine gewisse Zeit gänzlich stillstehen müssen; das kann sich aber auch in der Weise manifestieren, dass die Bauarbeiten wegen der pandemiebedingten Behinderungen nur stockend vorankommen. Denkbar wären aber etwa auch

Fälle, in denen ein Unternehmer einem anderem für dessen Produktion bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Menge von Halbfertigwaren zu liefern hat, diese Lieferung aber wegen der pandemiebedingten Behinderungen des zwischenstaatlichen Güterverkehrs unmöglich wird.

In solchen Fällen ist der Verzug des Schuldners nach Ansicht des Gesetzgebers nicht schuldhaft, weshalb der Gläubiger nach dem Gesetzesrecht vom Schuldner auch nicht etwa Schadenersatz für die verzögerte Baufertigstellung oder für die verzögerte Lieferung verlangen kann. Es wäre nämlich in der gegenwärtigen Krisensituation unbillig, dem Schuldner, dem wegen des Verzugs kein Vorwurf zu machen ist, die Zahlung einer solchen Konventionalstrafe oder einer sonstigen Pönale anzulasten.

3. Der gesetzliche Ausschluss wird allerdings insoweit eingeschränkt, als der Schuldner nur in dem Maß von der Zahlung einer Konventionalstrafe befreit ist, **als sein Verzug auf die pandemiebedingten Behinderungen zurückzuführen ist**. Wenn die Verfehlung eines Fertigstellungstermins nur zum Teil auf die gegenwärtige Corona-Krise zurückzuführen ist, zum Teil ihre Ursache aber auch etwa in organisatorischen Versäumnissen des Schuldners hat, tritt nur eine entsprechend **anteilige Befreiung von der Konventionalstrafe** ein.

Somit reicht der bloße Verweis auf "die Pandemie" für den AN nicht aus, um sich von der Verpflichtung zur Leistung einer Pönale zu lösen. Der AN hat konkret darzutun, warum und in welchem Umfang er durch angeordnete Beschränkungen behindert war.

IV. Grundsätzliches zur Vereinbarung einer Pönale:

1. *ABGB-Vertrag oder ÖNORM-Vertrag:*

Die ÖNORM enthält unter Punkt **6.5.3**. Regelungen über die Pönale. Zu betonen ist aber, dass die ÖNORM B 2110 keine Vertragsstrafe an sich vorschreibt, sondern nur Regelungen vorgibt, wenn im konkreten Vertrag eine Vertragsstrafe vorgesehen ist.

Merke: Mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 ist somit keine Pönale automatisch mitvereinbart. Eine Pönale muss immer konkret im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart werden.

2. *Anwachsende Pönalen – Stichtagspönale:*

Üblich sind Pönalen, welche mit der Dauer der Überschreitung bestimmter Termine bzw Fristen **anwachsen**. Praktisch üblich sind daher zB Pönalen von 0,5 % der Netto-Auftragssumme pro Tag der Überschreitung.

Eine weitere Möglichkeit ist eine **Stichtagspönale**, welche bei Überschreiten des pönalisierten Termins in voller Höhe fällig wird. Dies kann dann sinnvoll und sachlich gerechtfertigt sein, wenn durch die Überschreitung eines bestimmten Termins nicht bloß laufende Nachteile entstehen, sondern ein bestimmter besonders starker Nachteil eintritt. Man denke beispielsweise an den Verlust einer Förderung bei Überschreitung eines bestimmten Stichtages. Eine solche Pönale ist auch nicht an sich unzulässig oder sittenwidrig, da das ABGB ja auch das Fixgeschäft kennt. Bei diesem zerfällt eben der Vertrag automatisch, wenn ein bestimmter Termin nicht zur Erfüllung eingehalten wird. Freilich muss sich jedoch für eine solche Stichtagspönale eine Rechtfertigung ergeben, da diese ja schon bei geringfügiger Überschreitung eines Termins mit voller Wucht wirksam wird und nicht wie übliche nach Tagen oder Wochen bemessenen Pönalen langsam ansteigt.

V. **Verschuldensabhängige – verschuldensunabhängige Pönalen:**

1. *Ist eine verschuldensabhängige oder eine verschuldensunabhängige Pönale vereinbart?*

Pönalen können grundsätzlich unter der Voraussetzung vereinbart werden, dass den AN ein **Verschulden am Überschreiten des Termins trifft** oder auch **verschuldensunabhängig**. *Im Zweifel* ist eine Pönale verschuldensabhängig vereinbart. Wenn also nicht ausdrücklich oder aus dem Umständen ganz klar ablesbar ist, dass der AN eine verschuldensunabhängige Pönale versprochen hat, ist das Vorliegen eines Verschuldens Voraussetzung für den Verfall der Pönale.

2. *Öffentlicher Auftraggeber:*

2.1 Für öffentliche Auftraggeber wird aus **§ 88 BVergG 2018** teilweise abgeleitet, dass eine verschuldensunabhängige Pönale unzulässig sei, da die Überwälzung *nicht kalkulierbarer Risiken* vom öffentlichen AG auf den AN im Wege einer öffentlichen Ausschreibung nach dem BVergG 2018 unzulässig ist. Öffentliche AG halten sich oft an diese Vorgabe. Für den AN aus einem Bauvertrag auf Grund eines öffentlichen Vergabefahrens wäre es daher eine Ausnahme, dass sich im Vertrag eine verschuldensunabhängige Pönale findet.

- 2.2 Eine solche verschuldensunabhängige Pönale hätte auch im Vergabeverfahren vor dem Vergabekontrollbehörden bekämpft werden können. Ist aber einmal die verschuldensunabhängige Pönale mangels Bekämpfung vor den Vergabekontrollbehörden „bestandfest“ geworden, so ist sie damit **zivilrechtlicher Vertragsbestandteil**. Dennoch kann der AN auch gegenüber dem öffentlichen AG weiterhin wie gegenüber einem privaten AG die zivilrechtliche Sittenwidrigkeit einer solchen verschuldensunabhängigen Pönale nach § 879 Abs 3 ABGB geltend machen.
3. *Privater Auftraggeber:*
- 3.1 Ein privater Auftraggeber ist nicht an die Bestimmungen des BVergG 2018 gebunden. Ein privater AG kann daher bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit Risiken auf den AN übertragen. Eine verschuldensunabhängige Pönale wird auch nicht *an sich* sittenwidrig sein: Ein Unternehmer kann selbstverständlich für seine Leistung oder für Teile seiner Leistung völlig üblich eine verschuldensunabhängige **Garantie** übernehmen.
- 3.2 Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang allerdings **Punkt 4.2.5.** der ÖNORM B 2110. Dieser Punkt sieht vor, dass bei einer Ausschreibung, welcher die ÖNORM B 2110 zu Grunde liegt, die Übernahme von Risiken *klar ersichtlich* und *kalkulierbar dargestellt* sein muss.

Wenn also ein privater AG einen Bauwerkvertrag mit Einbeziehung der ÖNORM B 2110 ausschreibt, ohne die Verfahrensbestimmungen des Punkt 4 der ÖNORM B 2110 explizit auszuschließen, kann der AN darauf vertrauen, dass der AG auch des Pkt 4.2.5 bei Erstellung seiner Ausschreibungsunterlagen eingehalten hat. Mit anderen Worten kann der AN darauf vertrauen, dass eine verschuldensunabhängige Pönale vom privaten AG im Bereich eines ÖNORM-Vertrages entweder nicht enthalten ist oder besonders ersichtlich gemacht ist und kalkulierbar dargestellt ist.

Hat der private AG diese Pflicht zur Ersichtlichmachung einer verschuldensunabhängigen Pönale gemäß Punkt 4.2.5. der ÖNORM B 2110 verletzt, kann die Geltung der verschuldensunabhängigen Pönale irrtumsrechtlich und schadenersatzrechtlich bekämpft werden.

4. *Verschulden und Beweislast:*

Wenn wie dargelegt die Pönale vom Verschulden des AN abhängig ist, kann sich dieser frei beweisen. Gemäß § 1298 ABGB gilt hier die übliche vertragliche Beweislastumkehr.

Der AN hat daher vor Gericht zu behaupten und zu beweisen, dass er die nach den Umständen von einem Bauunternehmer erwartbare und zumutbare Sorgfalt und Anstrengungen eingehalten hat.

Das mangelnde Vorhersehen und die mangelnde Vorsorge für eine Pandemie wird einem AN in der Regel nicht vorwerfbar sein. Es ist zwar richtig, dass Experten in den letzten Jahren immer wieder die Möglichkeit einer Pandemie als Risiko prognostiziert haben und dies durchaus nicht auf wissenschaftlich-theoretische Warnungen beschränkt war. Dennoch wird dem durchschnittlichen Bauunternehmen kein Vorwurf zu machen sein, eine Pandemie mit den konkreten Auswirkungen weder vorhergesehen zu haben, noch dafür rechtzeitig vor deren Eintritt Vorsorge getroffen zu haben. Dies wird auch für den konkreten Fall gelten, als im Jänner/Februar 2020 erste Nachrichten über den dortigen Umfang der Epidemie in China auch in Europa bekannt wurden. Es ist an ein durchschnittliches Bauunternehmen kein höherer Maßstab anzulegen als an die Bundesregierung, welche im Februar auch noch keine erkennbaren Maßnahmen gesetzt hat. Anderes wird nur gelten für ein Unternehmen mit wirtschaftlichen Lieferbeziehungen nach China und sogar in Provinzen, welche in China von COVID besonders stark betroffen waren. Hängt ein Unternehmen von Lieferungen aus China ab, wird es früher auf die Nachrichten und die Entwicklungen in China zu reagieren haben und sich auf Lieferschwierigkeiten aus China einzustellen zu haben, als ein Unternehmen ohne jeglichen Bezug und Lieferketten nach China.

Der entscheidende Punkt für das Verschulden bzw mangelnde Verschulden wird also nicht in der Vorhersage und Vorsorge der Pandemie zu suchen sein, sondern in der Reaktion des AN auf die einzelnen Auswirkungen der Pandemie.

Auch hier ist zu betonen, dass es „die Pandemie“ nicht gibt, sondern nur einzelne Auswirkungen durch einzelne Maßnahmen der Regierung in Österreich oder ausländischer Regierungen (zB Grenzsperrern). Ein Bauunternehmen in Tirol, welches Bundesland flächendeckend unter Quarantäne gestellt wurde, wird anders zu beurteilen sein und an einem

anderen Maßstab zu messen sein, als ein Unternehmen im Burgenland oder in der Steiermark. Da den AN die Behauptungslast und die Beweislast im Prozess trifft, dass er ohne Verschulden an der Nichteinhaltung des pönalisierten Termins gehindert war, liegt es am AN hier seine Probleme und seine Behinderungen und seine Abwehrversuche im Einzelnen darzulegen.

Beispiel: Der AN hat Verzögerungen bei innerbetrieblichen Abläufen, da er im Büro den 1-Meter-Abstand einhalten muss und deshalb einen Teil seiner Innendienstmitarbeiter auf Homeoffice umstellen musste. Wann hat der AN hier die Schritte zur Umstellung auf Homeoffice gesetzt? Wurden diese Schritte durchgeführt? Welche Reibungsverluste ergeben sich durch den teilweisen Betrieb von Homeoffice? Welche Gegenmaßnahmen wurden gesetzt, um diese unvermeidbare Reibungsverluste zu kompensieren?

Beispiel: Viele der Dienstnehmer des AN sind im Ausland wohnhaft und konnten daher zufolge Grenzsperrungen nicht mehr nach Österreich einreisen. Welche Maßnahmen hat hier der AN gesetzt um die Auswirkungen von solchen Grenzsperrungen zu vermeiden, wie zB Zurverfügungstellung von Arbeiterwohnungen um ein Pendeln zu vermeiden oder Suche nach Ersatzarbeitskräften welche nicht Pendeln etc?

Beispiel: Auf Grund der 98. COVID-VO vom 15.03.2020 ist eine Weiterarbeit unter Einholung eines 1-Meter-Abstandes zulässig gewesen. Welche Änderung im Arbeitsablauf hat der AN vorgenommen oder geprüft, um den 1-Meter-Abstand einzuhalten? Warum war es auf der konkreten Baustelle beim konkreten Gewerk unmöglich, den 1-Meter-Abstand einzuhalten?

Beispiel: Mit der 108. COVID-VO vom 19.03.2020 war es zulässig, den 1-Meter-Abstand zu unterschreiten, wenn „entsprechende Schutzmaßnahmen“ gesetzt wurden. Mit der Einigung der Sozialpartner vom 26.03.2020 wurden diese Schutzmaßnahmen definiert. Schon vorher war freilich klar, dass Schutzbrillen, Schutzmasken und Schutzbegleitung zu den grundlegenden Schutzmaßnahmen gehören, ebenso wie zusätzliche Möglichkeiten, wie zB die Möglichkeit des regelmäßigen Händewaschens auf der Baustelle. Welche Maßnahmen hat der AN gesetzt um solche Maßnahmen auf seinen Baustellen umzusetzen? Welche Maßnahmen hat der AN gesetzt um Schutzmaterial (Masken, Brillen, Kleidung) anzuschaffen? Hat der AN versucht bei Lieferschwierigkeiten oder langen Lieferfristen eines Anbieters bei anderen Anbietern nachzufragen? Hat der AN nicht bloß beim Billigstbieter sondern auch bei teureren Anbietern angefragt?

Die vorstehenden Beispiele zeigen deutlich, dass ein reflexartiger Hinweis auf „die Pandemie“ nicht ausreichend sein wird, dass sich ein AN gemäß § 1298 ABGB von (jeglichen) Verschulden an der Verzögerung von Terminen frei beweist. Es wird ein **konkretes Vorbringen im Prozess** notwendig sein, **mit welchen Problemen im Einzelnen der AN gekämpft hat, wie sich diese**

auf seine Baustellen konkret ausgewirkt haben und dass der AN alle möglichen und zumutbaren Schritte gesetzt hat, seine Probleme auch zu lösen.

Hier wird von der Rechtsprechung freilich auch Augenmaß zu verlangen sein, eine Perspektive des AN unter den Eindrücken und im Strudel der Krise nachzuvollziehen und nicht ex post nicht erreichbare Hürden für das mangelnde Verschulden aufzustellen. Es wird zu berücksichtigen sein, dass sich sowohl die österreichische Bundesregierung als auch alle Staaten Europas in Unsicherheit befanden, laufend geänderte Vorgaben machten, dass teilweise verschiedene europäische Staaten entgegengesetzte Strategien zur Bekämpfung der Pandemie anwendeten etc. Zu berücksichtigen wird auch die Größe eines konkreten Unternehmens sein: Während ein kleines Unternehmen über weit weniger organisatorischen Kapazitäten zur Beurteilung und Reaktion auf Vorgaben der Behörden besitzt, wird ein großes Unternehmen oft schwerfälliger sein.

VI. Vertragstermine – Vertragsfristen:

Zu prüfen ist an Hand des konkreten Vertrages im Zusammenhang mit dem konkreten Bauzeitplan, welche Termine und Fristen nun mit einer Pönale versehen sind. Man spricht diesbezüglich auch von Vertragsterminen oder Vertragsfristen.

Nur solche ausdrücklich oder aus den Umständen eindeutig als pönalisiert vereinbarten Termine und Fristen führen bei der Nichteinhaltung durch den AN auch zum Verfall einer vereinbarten Pönale.

Hier wird oft in Zuge der Vertragsverhandlungen nicht genügend Sorgfalt auf die präzise und exakte Nennung und Vereinbarung der Vertragstermine gelegt. Oft kommt es vor, dass sich die Bauvorbereitung und auch die Vertragsverhandlungen länger hinziehen, sodass dann im abgeschlossenen (unterschiedenen) Bauwerkvertrag noch Termine genannt sind, welche längst veraltet sind und bei Vertragsabschluss oder Baubeginn schon abgelaufen sind. Bei Vereinbarung einer Pönale für einen bereits vergangenen Termin ist die Pönalabrede gemäß § 878 ABGB unwirksam. Niemand kann eine Leistungserbringung für die Vergangenheit zu sagen. Zum selben Ergebnis wird es auch führen, wenn sich die Vertragsverhandlungen lange hinziehen und sich bei Vertragsschluss ein Fertigstellungstermin in den Vertrag einschleicht,

welcher objektiv keinesfalls eingehalten werden kann. Auch in einem solchen Fall, ist die Pönalabrede gemäß § 878 ABGB von Anfang an unwirksam.

Oft sehen Bauwerkverträge vor, dass **nach deren Unterfertigung ein einvernehmlicher Bauzeitplan erstellt wird**, welcher dann Grundlage für eine vertragliche Pönalabrede sein soll. Hier wird erfahrungsgemäß oft wenig Sorgfalt aufgewendet. Oft ein solcher „gemeinsam zu erstellender Bauzeitplan“ in Wahrheit nicht mehr erstellt. Mangels exakt erstellten Bauzeitplan gibt es dann auch keine wirksame Pönalabrede.

VII. Richterliches Mäßigungsrecht:

§ 1336 ABGB sieht das **zwingende richterliche Mäßigungsrecht** auch für Pönalen vor, welche ein Unternehmer versprochen hat. Seit Einführung des Unternehmensgesetzbuches (UGB) im Jahr 2007 ist das richterliche Mäßigungsrecht auch für Unternehmer zwingend. Der Im früheren Handelsgesetzbuch (HGB) noch vorgesehene mögliche Verzicht des „Kaufmanns“ auf das richterliche Mäßigungsrecht ist gesetzlich unwirksam.

Dennoch findet sich in vielen Verträgen und Vertragsmustern noch Klauseln wie *„die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts wird ausgeschlossen“* oder *„der AN verzichtet auf das richterliche Mäßigungsrecht“*. Solche Klauseln widersprechen schlicht dem zwingenden § 1336 ABGB und sie sind unbeachtlich. Der AN kann sich im Streitfall auf das richterliche Mäßigungsrecht nach § 1336 ABGB berufen, auch sich wenn im Vertrag eine entgegenstehende Formulierung oder Klausel findet.

Zu berücksichtigen ist aber, dass das richterliche Mäßigungsrecht für den AN kein „Freibrief“ ist: Neben den sonstigen Paramater für die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts (wechselseitige Interessenabwägung, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners sowie Art und Ausmaß des Verschuldens an der Vertragsverletzung) ist die **Untergrenze für die Mäßigung vor Gericht der tatsächlich eingetretene Schade**.

Beispiel: Die nach dem Vertrag vereinbarte Pönale macht EUR 50.000,00 aus. Dem AG ist durch die verzögerte Leistungserbringung ein Schaden von EUR 40.000,00 entstanden. Das Gericht kann daher eine maximale Mäßigung der Pönale auf den tatsächlichen Schaden von EUR 40.000,00 aussprechen und nicht darunter gehen, mögen auch sonstige Faktoren eine weitergehende Mäßigung theoretisch zulassen.

VIII. Sittenwidrigkeit einer Pönale:

Es kann schon die **Pönalabrede an sich** sittenwidrig sein. Voraussetzung für die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB ist, dass ein Vertragsformblatt vorliegt. Ein solches wird bei vorformulierten Bauwerksverträgen bzw Musterbauwerksverträgen üblicherweise gegeben sein. Schon bei Verwendung eines Vertragsmusters für mehrere Gewerke einer Baustelle liegt ein Vertragsformblatt im Sinne des § 879 ABGB vor.

Der wichtigste Bestimmungsgrund für die Sittenwidrigkeit zur Prüfung einer Pönalabrede ist deren **Höhe**. Übersteigt die Pönalabrede wirtschaftlich vernünftige und sachlich argumentierbare Grenzen, so ist sie im Wege „geltungserhaltender Reduktion“ vom Gericht auf Einwand des AN auf das zulässige Ausmaß zu reduzieren.

Auch wenn die Pönalabrede in der vertraglich vereinbarten Höhe an sich zulässig und an sich nicht sittenwidrig war, kann die **Geltendmachung** und das Beharren des AG auf der Bezahlung einer bestimmten konkret errechneten Pönalsumme sittenwidrig sein. Ein solches Beharren kann dann gegeben sein, wenn einerseits das Verschulden des AN sehr gering ist und andererseits die Pönalsumme zum Ruin des AN führen kann.

Auch wenn also die ursprüngliche bei Vertragsschluss vereinbarte Pönale damit zulässig war, kann deren nachträgliches Einfordern unter Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Einforderung sittenwidrig und damit unzulässig oder zumindest teilweise unzulässig sein.

IX. Wichtige Regeln der der ÖNORM B 2110 zur Pönale:

1. Pkt **6.5.3.1.** regelt, dass die Pönale mit **maximal 5% der ursprünglichen Auftragssumme** begrenzt ist, *sofern nicht im Vertrag etwas anderes vorgesehen* ist. Der einzelne Vertrag kann daher auch eine höhere Begrenzung oder den Wegfall der Begrenzung vorsehen.
2. Gem **Pkt 12.3.2** ist ein **über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden** ist nur bei **Vorsatz** oder **grober Fahrlässigkeit** des AN zu ersetzen.

Diese Bestimmung ist in Zusammenhang mit **§ 1336 Abs 3 ABGB** zu lesen: Nach dieser Bestimmung kann der Gläubiger auch ohne ausdrücklich darauf lautende Vertragsbestimmung seinen **Schaden geltend machen, wenn dieser die vereinbarte Vertragsstrafe übersteigt**. Im Bereich der ÖNORM

B 2110 ist diese Möglichkeit eben nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gegeben und daher der AN besser gestellt.

3. Gem Pkt **6.1.1** sind **Zwischentermine** nur dann „verbindlich“, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.

4. Gem Pkt **6.5.3.1** bleiben bei **einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist** die Vertragsstrafen für die an Stelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen Termine aufrecht. Die neuen pönalisierten Termine sind ausdrücklich als solche festzuhalten. Erfolgt eine solche ausdrückliche Bezeichnung nicht, soll dies bloß eine Formvorschrift sein.

*