

# I. Einleitung

Der Vertragsstrafe, die auch als Konventionalstrafe oder kurz als Pönale bezeichnet wird, kommt im Wirtschaftsleben erhebliche praktische Bedeutung zu. Es überrascht deshalb ein wenig, dass das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe – abgesehen von einer Untersuchung mit arbeitsrechtlichem Fokus<sup>1</sup> – in Österreich bislang keine monographische Bearbeitung erfahren hat. Dies dürfte dazu beigetragen haben, dass – wie die vorliegende Studie zeigen wird – zahlreiche grundlegende Rechtsfragen der Vertragsstrafe in Österreich noch nicht angesprochen oder zumindest nicht hinreichend erörtert wurden. 1

Im Fokus der Untersuchung liegen die Möglichkeiten und Grenzen der vertraglichen Ausgestaltung von Vertragsstrafen. Den Ausgangspunkt bildet eine rechtsvergleichende Darstellung der Vertragsstrafe in Österreich, Deutschland und der Schweiz. Dabei sind sowohl die Gemeinsamkeiten der jeweiligen Regelungen aufzuzeigen, als auch die durchaus erheblichen Unterschiede herauszuarbeiten. 2

Besonderes Augenmerk widmet die vorliegende Studie sodann jenen Rechtsbehelfen, die eine Kontrolle von Vertragsstrafen ermöglichen. Eingegangen wird dabei zunächst auf das *nachträgliche richterliche Mäßigungsrecht*, das den hier untersuchten Rechtsordnungen – wenn auch durchaus in unterschiedlichem Umfang – gemein ist. Diese allgemeine Anerkennung eines richterlichen Mäßigungsrechtes dürfte allerdings ein wenig den Blick darauf verstellt haben, dass ein derartiger, über die allgemeinen Regeln hinausgehender nachträglicher richterlicher Eingriff »aus Billigkeitsgründen« bei privatautonom getroffenen Vereinbarungen vom Gesetzgeber nur ausnahmsweise in ganz spezifischen Konstellationen vorgesehen wird. Es stellt sich somit die Frage, worin die innere Rechtfertigung eines derartigen Mäßigungsrechtes gerade bei Vertragsstrafen eigentlich liegt, was für den generellen Anwendungsbereich des Mäßigungsrechtes und seine Handhabung von entscheidender Bedeutung sein dürfte. 3

---

1 Hammer, Konventionalstrafen in Arbeitsverträgen (2010).

- 4       Schwerpunktmäßig untersucht wird hierauf das *Verhältnis des Mäßigungsrechtes zur Sittenwidrigkeit* und die Frage, welche *Kriterien* bei diesen beiden Rechtsbehelfen jeweils für maßgeblich zu erachten sind. Die Frage nach der Bedeutung der Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen dürfte gerade in jenen Rechtsordnungen, die ein umfassendes nachträgliches Mäßigungsrecht auch zwischen Unternehmern kennen, etwas in den Hintergrund getreten sein. Es darf aber nicht übersehen werden, dass Sittenwidrigkeit und Mäßigungsrecht einen ganz unterschiedlichen Ausgangspunkt haben: Die Sittenwidrigkeit bezieht sich auf das wirksame Zustandekommen der Vereinbarung; beim richterlichen Mäßigungsrecht erfolgt hingegen eine nachträgliche Korrektur der Vereinbarung nach Billigkeitsgesichtspunkten. Wie noch näher zu erörtern sein wird, hat die Sittenwidrigkeitsprüfung deshalb stets aus einer *ex ante*-Perspektive zu erfolgen, während bei der Mäßigung eine *ex post*-Prüfung vorzunehmen ist.
- 5       In weiterer Folge werden die Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung im Zusammenhang mit Vertragsstrafen einer näheren Betrachtung unterzogen. Als die beiden *Zwecke der Vertragsstrafe* werden gemeinhin die Druck- sowie die Pauschalierungsfunktion genannt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass diesen beiden Funktionen je nach Ausgestaltung der konkreten Abrede ganz unterschiedliches Gewicht zukommen kann. Dies wirft unter anderem die praktisch höchst bedeutsame, bislang aber in Österreich nicht diskutierte Frage auf, ob auch nach österreichischem Recht – so wie in Deutschland und der Schweiz – *reine Schadenspauschalierungen* zulässig und mit welchen Rechtsfolgen derartige Vereinbarungen verbunden sind.
- 6       Abschließend befasst sich die vorgelegte Studie mit einer praktisch höchst relevanten Problematik, die *Vertragsstrafen in Unternehmerketten* (Auftraggeber – Generalunternehmer – Subunternehmer) aufwerfen können und die sich am einfachsten anhand eines Beispiels verdeutlichen lässt: Ein Generalunternehmer verspricht dem Auftraggeber eine Vertragsstrafe, die sich naturgemäß an der Größe des Gesamtprojektes orientiert. Auf Grund eines (schuldhaften) Fehlers eines Subunternehmers, der vielleicht nur einen ganz kleinen Teil der Gesamtleistung gegen ein vergleichsweise geringes Entgelt zu erbringen hat, kommt es zu einem Verzug der Gesamtleistung und die vom Generalunternehmer versprochene Vertragsstrafe, die durchaus eine

exorbitante Höhe erreichen kann, verfällt. Nach ganz herrschender Ansicht erleidet der Generalunternehmer damit einen Schaden, dessen Ersatz er – bei Vorliegen der allgemeinen Zurechnungsvoraussetzungen – vom Subunternehmer vergleichsweise unproblematisch verlangen kann. Die verfallene Vertragsstrafe wird somit einfach »durchge-*reicht*«. Die entscheidende Frage, ob ein solches »Durchreichen« der Vertragsstrafe tatsächlich stets zulässig sein kann, obgleich der Subunternehmer selbst eine Vertragsstrafe in Höhe des nun von ihm zu ersetzenden Schadens entweder gar nicht wirksam hätte vereinbaren können oder ihm zumindest (zwingend) das Mäßigungsrecht des § 1336 Abs 2 ABGB zugestanden wäre, wurde bislang nicht hinreichend diskutiert und erfordert eine spezifische Lösung, welche die verschiedenen Interessen aller Beteiligten bestmöglich berücksichtigt.

□