

„§ 1336 ABGB as a Janus-faced Norm of Civil and Commercial Law“

1. Situation from 1812 to 1863

<p>§ 1336 ABGB i.d.F. v. 1812: Dreyßigstes Hauptstück. Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung. [Marginalie:] Bedingung des Vergütungsbetrages (Conventional-Strafe).</p> <p>Die vertragschließenden Theile können eine besondere Uebereinkunft treffen, daß, auf den Fall des entweder gar nicht, oder nicht auf gehörige Art, oder des zu spät erfüllten Versprechens, anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§. 912). Doch darf bey Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennt, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen. In anderen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen, zu mäßigen. Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreyet, außer dem Falle einer besondern Verabredung, nicht von der Erfüllung des Vertrages.</p>	<p>§ 1336 General Civil Code [of Austria]: Chapter 30: On the Law of Compensation and Satisfaction [on the margin:] Agreement on the terms of compensation (penalty clause)</p> <p>The contracting parties can reach an agreement according to which, in the case of late, incomplete or absent performance of promise, instead of compensation there has to be paid an agreed upon amount of money. In the case of credits this amount, acknowledged by the judge for delayed payment, may not supersede the statutory interests. In other cases, the agreed upon amount can be, if it is proved to be exaggerated, moderated by the judge, eventually after having consulted a specialist. The payment of the terms of compensation does not free from performance of the contract.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2. Situation from 1863 to 2006

<p>§ 1336 ABGB i.d.F. v. 1916 (in Geltung bis 2006):</p> <p>(1) Die vertragschließenden Teile können eine besondere Übereinkunft treffen, daß auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§ 912). Doch darf bey Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennt, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen¹. Der Schuldner erlangt mangels besonderer Vereinbarung nicht das Recht, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien. Wurde die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie neben der Erfüllung gefordert werden.</p> <p>(2) In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen.</p>	<p>§ 1336 General Civil Code [of Austria] 1916 (in force until 2006): Chapter 30: On the Law of Compensation and Satisfaction [on the margin:] Agreement on the terms of compensation (penalty clause)</p> <p>(1) The contracting parties can reach an agreement according to which, in the case of late, incomplete or absent performance of promise, instead of compensation there has to be paid an agreed upon amount of money. In the case of credits this amount, acknowledged by the judge for delayed payment, may not supersede the statutory interests. If not stipulated otherwise the debtor may not free himself from performance by paying the terms of compensation. If the penalty clause was agreed upon for not performing in the right time or place, it may be claimed apart from performance.</p> <p>(2) In all cases, the agreed upon amount can be, if it is proved to be exaggerated, moderated by the judge, eventually after having consulted a specialist.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹ Weggefallen 1868.

<p>Art. 284 ADHGB (1861, in Österreich in Geltung von 1863-1938):</p> <p>1. Die Konventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das doppelte des Interesses übersteigen. 2 Der Schuldner ist im Zweifel nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien. 3 Die Verabredung einer Konventionalstrafe schließt im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadenersatz nicht aus.</p>	<p>Art. 284 General German Commercial Code (in Austria in force from 1863-1938)</p> <p>(1) A penalty clause is not subject to any restriction concerning their amount; it may supersede the double of the actual damage. (2) In case of doubt the debtor may not free himself from performance by paying the penalty clause. (3) The stipulation of a penalty clause does not, in case of doubt, exclude to claim the exceeding damage.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>§ 348 HGB (1899, in in Geltung von 1939-2006):</p> <p>Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 1336 Abs. 2 des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.</p>	<p>§ 348 German Commercial Code form 1899, in Austria in force from 1939 to 2006</p> <p>A penalty clause stipulated by a merchant in the context of his business may not be moderated on the basis of § 1336 ABGB.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Art. 8. Ziff. 3. EVHGB (in Geltung von 1939 bis 2006):</p> <p>(2) Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird die Geltendmachung eines ihren Betrag übersteigenden Schadens nicht ausgeschlossen.</p>	<p>Art. 8 litt. 3 Introductory Regulation for the Commercial Code, in force from 1939-2006</p> <p>(2) The stipulation of a penalty clause does not exclude to claim the exceeding damage.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

3. Situation since 2007

§ 348 HGB and Art. 8 EVHGB have been consumed by § 1336 ABGB. Since 2007 this provision is the exclusive *sedes materiae* of penalty clauses.

<p>§ 1336 ABGB i.d.F. v. 2007: Dreißigstes Hauptstück. Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung.[Zwischenüberschrift:] Bedingung des Vergütungsbetrages (Konventionalstrafe).</p>	<p>§ 1336 from 2007: Chapter 30: On the Law of Compensation and Satisfaction [on the margin:] Agreement on the terms of compensation (penalty clause)</p>
<p>(1) Die vertragschließenden Teile können eine besondere Übereinkunft treffen, daß auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§ 912). Der Schuldner erlangt mangels besonderer Vereinbarung nicht das Recht, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien. Wurde die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie neben der Erfüllung gefordert werden.</p>	<p>(1) The contracting parties can reach an agreement according to which, in the case of late, incomplete or absent performance of promise, instead of compensation there has to be paid an agreed upon amount of money. If not stipulated otherwise the debtor may not free himself from performance by paying the terms of compensation. If the penalty clause was agreed upon for not performing in the right time or place, it may be claimed apart from performance.</p>
<p>(2) In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen.</p>	<p>(2) In all cases, the agreed upon amount can be, if it is proved to be exaggerated, moderated by the judge, eventually after having consulted a specialist.</p>
<p>(3) Der Gläubiger kann neben einer Konventionalstrafe den Ersatz eines diese übersteigenden Schadens geltend machen. Ist der Schuldner ein Verbraucher, IM SINNE DES § 1 ABS. 1 Z. 2 UND ABS. 3 KSchG, SO MUSS DIES IM EINZELNEN AUSGEHANDELT WERDEN.</p>	<p>The creditor can claim exceeding compensation apart from the penal clause. If the debtor is a consumer this has to be individually negotiated according to the Law on Consumer Protection.</p>

4. Consequences for the Interpretation of § 1336 ABGB

Civil Law face	Commercial Law Face
Ratio Legis	
Lump sum (assessment of) damage	Enforcement of performance
Culpa (negligence)	
yes	no
Contributory negligence	
yes	no
Damage on the part of the creditor	
no	no
Exceeding damage	
Principally no	Principally yes
Moderation by the judge	
Oriented on the actual damage	Nonmandatory; oriented on efficiency
Absolute limit	
	Fairness control on the basis of <i>boni mores</i>