

## **Verflixte Vertragsstrafe**

Der Faktor Zeit spielt für den wirtschaftlichen Erfolg einer Baumaßnahme eine wesentliche Rolle. Auftraggeber versuchen daher häufig, wichtige Termine mit Vertragsstrafen zu belegen. Die Vereinbarung einer solchen Pönale verfolgt zwei Zielrichtungen: Einerseits wird auf den Auftragnehmer zusätzlicher Druck aufgebaut, damit die versprochene Bauleistung auch in der vereinbarten Zeit erbracht wird. Andererseits muss der Auftragnehmer im Falle der Verwirkung der Vertragsstrafe keinen konkreten Schadensnachweis führen, wie er es müsste, wenn er "nur" Anspruch auf Schadenersatz hätte. Damit die Vertragsstrafe wirksam vereinbart wird und dann auch geltend gemacht werden kann, sind jedoch einige Spielregeln zu beachten.

### **Ausgangspunkt: Allgemeine Geschäftsbedingung**

Im Regelfall wird eine Vertragsstrafe eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) des Auftraggebers darstellen. Sie unterliegt dann der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB und ist unwirksam, wenn sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligt. Soweit das der Fall ist, gilt - anstelle der unwirksamen Klausel - das Gesetz. Die unwirksame Klausel wird insbesondere nicht etwa auf den gerade noch wirksamen Kern reduziert. Da das gesetzliche Bauvertragsrecht keine Vertragsstrafe vorsieht, führt die AGB-rechtliche Unwirksamkeit dazu, dass das vermeintliche Druckmittel und die Erleichterung bei der Geltendmachung von Schadenersatz nicht besteht. Folgende Aspekte sollten deshalb bedacht werden:

### **Absolute Obergrenze**

Nach der Rechtsprechung steht eine Vertragsstrafe, die 5 % der Auftragssumme überschreitet, nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zum Werklohnanspruch des Auftragnehmers (**BGH**, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 210/01). Sieht der Auftraggeber neben der Vertragsstrafe für die Fristüberschreitung weitere Vertragsstrafen wegen Vertragsverstößen vor (z.B. wegen unzulässigen Nachunternehmereinsatz, Verstoßes gegen Tariftreueerklärungen, Verpassen von Jour-Fixe-Terminen, verspäteter Rechnungslegung) sollte darauf geachtet werden, dass auch die Kumulation der verschiedenen Vertragsstrafen die Obergrenze einhält. Das ist (derzeit) in einer Vielzahl von Bauverträgen (auch und gerade der öffentlichen Hand) nicht der Fall.

## **Relative Obergrenze in Abhängigkeit von der Dauer des Verzugs**

Die Vertragsstrafe wegen Terminüberschreitungen muss ferner in einer angemessenen Relation zur Dauer des Verzugs stehen. Ein Tagessatz von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag ist von der Rechtsprechung als noch angemessen bezeichnet worden (**BGH**, Urteil vom 06.12.2007 - VII ZR 28/07), während ein Tagessatz von 0,5 % der Auftragssumme als zu hoch beurteilt worden ist (**BGH**, Urteil vom 17.01.2002 - VII ZR 198/00).

## **Zwischentermine**

Auch die Einhaltung von Zwischenterminen kann für den Auftraggeber von wesentlicher Bedeutung für den Bauablauf sein, ihnen kann u.U. sogar ein wesentliches Gewicht beikommen als dem Endtermin. Der BGH sieht hier ein angemessenes Gleichgewicht der Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer nur gewahrt, wenn der Auftraggeber nicht anders steht, als hätte er den Auftragnehmer allein mit Leistungen bis zum Zwischentermin beauftragt. In diesem Fall wäre der Zwischentermin ein Endtermin und die prozentualen Höchstsätze einer Vertragsstrafe müssten sich an der Auftragssumme orientieren (**BGH**, Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 133/11).

Ferner ist zu beachten, dass eine geringfügige Fristüberschreitung am Anfang des Bauvorhabens nicht dazu führen darf, dass auch nachfolgende Zwischentermine überschritten werden und dadurch wegen ein und derselben schuldhaften Verzögerung mehrere Vertragsstrafen auf alle weiteren Zwischentermine anfallen. Die Kumulation der Einzelvertragsstrafen auf die Zwischentermine muss ausgeschlossen werden.

Ist die Vertragsstrafenregelung in Bezug auf Zwischentermine unwirksam, kann das dazu führen, dass auch die Vertragsstrafe auf den Endtermin unwirksam ist, wenn sich die Regelungen im Vertrag nicht trennen lassen.

## **Bestimmung der Bezugsgröße**

Aufgrund des Transparenzgebotes muss die Bezugsgröße der Höhe der Vertragsstrafe klar sein. Werden im Vertrag mehrere Bezugsgrößen benannt, kann dies dazu führen, dass es mehrere Deutungsmöglichkeiten der Klausel gibt, sodass die Klausel zu unbestimmt und damit unwirksam ist. Davon ist der BGH in einem Fall ausgegangen, in dem sich die Vertragsstrafe pro Zeiteinheit nach der

"Auftragssumme" bemessen sollte, wohingegen in der Klausel eine weitere Bezugsgröße, nämlich die "Schlussrechnungssumme" genannt wurde. Das lasse mehrere Deutungen zu, sodass die Klausel zu unbestimmt sei (**BGH**, Urteil vom 06.12.2007 - VII ZR 28/07).

## **Verschulden**

Eine wirksame Vertragsstrafe setzt schließlich Verschulden voraus. Bei Einbezug der VOB/B ergibt sich das Verschuldenserfordernis aus § 11 Abs. 2 VOB/B und muss nicht explizit in der Vertragsstrafenregelung erwähnt werden. Sofern sich aber aus den der VOB/B vorrangigen Vertragsbestandteilen etwas anderes ergibt, kann dies zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung führen. Die ist z.B. dann der Fall, wenn die Frist auch witterungsbedingt nicht verlängert werden kann. Denn dann wäre die Vertragsstrafe in einem solchen Fall selbst dann verwirkt, wenn sich aufgrund von Behinderungen die Ausführungszeit in eine ungünstigere Jahreszeit verschiebt und dem Auftragnehmer dadurch unverschuldet weitere Erschwernisse in der Leistungserbringung entstehen oder wenn Witterungsverhältnisse eintreten, mit denen bei Abschluss des Bauvertrages normalerweise nicht gerechnet werden musste.

## **Anrechnungsregeln**

Natürlich ist der Auftraggeber nicht gehindert, einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schaden geltend zu machen. Er muss sich jedoch die Vertragsstrafe anrechnen lassen. Die Anrechnung muss ausdrücklich und unmissverständlich im Vertrag geregelt sein. Ist sie das nicht, führt auch das zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafe (**BGH**, Urteil vom 29.02.1984 - VIII ZR 350/82).

## **Auswirkung der Kündigung des Bauvertrages**

Da die Vertragsstrafe nur anfällt, wenn der Auftragnehmer in Verzug ist, kann eine Vertragsstrafe nicht für Zeiträume geltend gemacht werden, die nach einer Kündigung liegen. Denn mit der Kündigung endet das Erfüllungsstadium und damit auch der Verzug des Unternehmers.

## **Vorbehalt der Vertragsstrafe**

Wird die Vertragsstrafe nicht bei der Abnahme vorbehalten, verliert der Auftraggeber seinen Anspruch. Einer Vorbehaltserklärung bedarf es nur dann nicht, wenn der

Auftraggeber vor der Abnahme die Aufrechnung mit der gesamten Vertragsstrafe erklärt hat (**BGH**, Urteil vom 05.11.2015 - VII ZR 43/15).

In AGB kann der Vorbehalt nicht abbedungen werden und auch nicht auf unbegrenzt lange Zeit nach der Abnahme hinausgeschoben werden. Als zulässig wird eine Vereinbarung dahingehend angesehen, dass der Vorbehalt noch innerhalb der Prüffrist für die Schlussrechnung geltend gemacht wird. Der BGH hat in einer älteren Entscheidung sogar die Vereinbarung des Vorbehalts bis zur Schlusszahlung ausreichen lassen (**BGH**, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 201/01). Da der Auftragnehmer jedoch keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Schlusszahlung hat, ist an dieser Entscheidung Kritik geübt worden und die Instanzengerichte folgenden dem nicht uneingeschränkt. Es ist daher - auch mit Blick auf die Verschärfung der BGH-Rechtsprechung zu AGB-mäßig verlangten Sicherheitsleistungen - ungewiss, ob der BGH an dieser Entscheidung so festhalten würde.

## **Fazit**

Die Fülle der Rechtsprechung zu unwirksamen Vertragsstrafen zeigt, dass es offensichtlich gar nicht so einfach ist, eine Vertragsstrafenregelung AGB-rechtlich wirksam zu vereinbaren. Letztlich ist der Auftraggeber besser beraten, wenn er nur die wirklich wichtigen Eckpfeiler des Vertrages über Vertragsstrafen absichert und dabei nicht die Grenzen, welche die Rechtsprechung bislang gesetzt hat, zu sehr ausreizt. Eine (etwas) geringere Vertragsstrafe ist immer noch besser, als keine Vertragsstrafe. Außerdem müssen sich Auftraggeber bewusst sein, dass sie Behinderungsanzeigen des Auftragnehmers geradezu provozieren, wenn sie knappe Fristen mit empfindlichen Pönalen belegen. Es sei daran erinnert, dass der Faktor Bauzeit auch für den Auftragnehmer von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist, sodass dieser bereits ein eigenes Interesse daran hat, das Bauvorhaben in der vereinbarten Zeit zu errichten.

Rechtsanwalt Marco Röder, Karlsruhe  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Mitglied der ARGE Baurecht  
Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB  
[www.deubnerkirchberg.de](http://www.deubnerkirchberg.de)