



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/ea964685-8869-3759-b2ca-3041b41ab439>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autoren	Dr. Vanessa Bargon/Prof. Thomas Thierau
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2024, 969 - 971 (Heft 7)
Verlag	Werner Verlag

Bargon, Thierau, BauR 2024, 969 „Abrechnet wird zum Schluss“ – Zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Vertragsstrafenvereinbarung



von Rechtsanwältin Dr. Vanessa Bargon und



Rechtsanwalt Prof. Thomas Thierau, Köln und München ·

In der Entscheidung vom 15.02.2024, hat der VII. Senat eine weitere, bisher nicht problematisierte Anforderung definiert, die eine vom Auftraggeber formularmäßig verwendete Vertragsstrafenklausel einhalten muss, um einer Inhaltskontrolle standzuhalten. Nachfolgend werden die tragenden Gründe der Entscheidung vorgestellt und es wird ein Ausblick auf die damit noch nicht entschiedenen Konstellationen gegeben. Abschließend wird ein Vorschlag für die Formulierung einer voraussichtlich wirksamen Vertragsstrafenklausel auf der Basis der bisher bekannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes unterbreitet.

Die Einhaltung der Vertragstermine ist für den Auftraggeber ein wesentlicher Faktor. Vor diesem Hintergrund ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe branchenüblich und Bestandteil fast aller Bauverträge. In § 11 Abs. 1

VOB/B ist klargestellt, dass durch die Vereinbarung der VOB/B allein noch keine Vertragsstrafenregelung getroffen ist, sondern es hierfür einer ausdrücklichen Vereinbarung im Bauvertrag bedarf. In der Praxis werden Vertragsstrafen überwiegend durch vom Auftraggeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart.

Bislang hatte der VII. Senat keine Veranlassung, die Frage zu klären, ob als Bezugsgröße für die Vertragsstrafe in vorformulierten Klauseln des Auftraggebers als Verwender (unter Beachtung der seit langem geklärten Obergrenze von 5 % des Vergütungsanspruchs) wirksam an die „Auftragssumme“ oder an die „Abrechnungssumme“ angeknüpft werden kann. ²

Diese Fragen sind durch das Urteil vom 15.02.2024 teilweise geklärt worden. Eine Vertragsstrafenklausel des Auftraggebers hält jedenfalls bei einem Einheitspreisvertrag der Inhaltskontrolle nicht stand, wenn diese für die Grenze von 5 % des Vergütungsanspruchs auf die *vor* Auftragsdurchführung vereinbarte Auftragssumme und nicht auf die *nach* Auftragsdurchführung tatsächliche Abrechnungssumme (Schlussrechnungssumme) Bezug nimmt. Bei einem Einheitspreisvertrag kann aus unterschiedlichen Gründen (z.B. durch Verringerung der tatsächlich ausgeführten gegenüber den bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Mengen) nachträglich eine Absenkung des Auftragsvolumens dazu führen, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Strafzahlung die Grenze von 5 % seines tatsächlichen Vergütungsanspruchs, der sich in der Abrechnungssumme darstellt, übersteigt.

Die maßgebliche Bezugsgröße für den Grenzwert von 5 % des Vergütungsanspruchs ist nur diese Abrechnungssumme, weil sich diese an dem tatsächlichen „Verdienst“ des Auftragnehmers orientiert, der durch den Verlust von mehr als 5 % der Vergütungssumme nicht nur seinen Gewinn verlieren, sondern einen spürbaren Verlust erleiden würde. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar, die nicht durch einen gegenüberstehenden Vorteil ausgeglichen wird. Durch dieses Urteil wird sich in der Praxis zu zahlreichen bereits geschlossenen Bauverträgen die Frage der Wirksamkeit der dort verwendeten Vertragsstrafenklausel stellen.

Offen ist die Frage, ob die das Urteil tragenden Gründe auch auf Vertragsstrafenklauseln bei einem Pauschalpreisvertrag übertragbar sind. Dies wird zu bejahen sein. Auch bei einem Pauschalpreisvertrag ist es durch die Anordnung oder Vereinbarung geänderter oder zusätzlicher Leistungen möglich, dass die Abrechnungssumme nach Auftragsdurchführung geringer ausfällt als die bei Vertragsschluss vor Auftragsdurchführung vereinbarte Pauschal-Auftragssumme. Damit kann durch die Bezugnahme auf diese Auftragssumme bei der gebotenen generalisierenden abstrakten Betrachtungsweise eine Vertragsstrafe auch bei einem Pauschalpreisvertrag die zulässige Höhe von 5 % der Abrechnungssumme übersteigen und somit unwirksam sein.

Der Senat hatte in dem Urteil keine Veranlassung, die teilweise streitig diskutierte Frage zu entscheiden, ob man unter „Auftragssumme“ auch die nach der Abwicklung des Vertrages geschuldete Vergütung verstehen kann.

Eine Stellungnahme hierzu war nicht erforderlich, weil in dem zu entscheidenden Fall ausdrücklich und damit zweifelsfrei an die „im Auftragschreiben genannte“ Auftragssumme angeknüpft wurde. Aber auch in den Fällen, in denen kein Hinweis auf ein Auftragschreiben vorhanden ist und nur eine allgemeine Bezugnahme für die Grenze von 5 % des Vergütungsanspruches auf die „Auftragssumme“ erfolgt, spricht Vieles für eine Unwirksamkeit dieser Klausel. Im Rahmen seiner unmissverständlichen und klaren Ausführungen hat der Senat keinen Zweifel daran gelassen, dass er allein die – so wörtlich – „Abrechnungssumme“ als wirksame

Bezugsgröße akzeptiert. Damit gibt es eine Richtschnur insbesondere für alle zukünftig zu formulierenden Vertragsstrafenklauseln. Die weitere Verwendung des Begriffs der „Auftragssumme“ und nicht die des jetzt eindeutig definierten Begriffs der „Abrechnungssumme“ trägt das erhebliche Risiko der Unwirksamkeit in sich (§ 307 Abs. 1 Satz 2; § 305c Abs. 2 BGB). Es wird einem Auftraggeber schwer fallen, im Rahmen einer Auslegung „zur Rettung“ der von ihm verwendeten Klausel argumentativ darzustellen, dass mit „Auftragssumme“ tatsächlich die „Abrechnungssumme“ gemeint sein soll, wenn der BGH für die wirksame Bezugsgröße ausdrücklich den Begriff „Abrechnungssumme“ verwendet und wörtlich klarstellt, dass „die vor Ausführung des Auftrags vereinbarte Vergütung“ nicht die zutreffende Bezugsgröße ist (Rdnr. 40)

Erwägungen der Vorinstanz, das Abstellen auf die im Vertrag vereinbarte Auftragssumme (also auf die Vergütung vor Auftragsausführung) entspreche einem praktischen Bedürfnis, weil das Abstellen auf die (endgültige) Abrechnungssumme noch kein klares Ergebnis definiere, wird eine Absage erteilt. Der Senat weist darauf hin, dass bei Streit über die Abrechnungssumme ggf. eine gerichtliche Klärung erfolgen muss.

Damit lassen sich unter Berücksichtigung der vorangegangenen Rechtsprechung des Senats für die Formulierung einer – nach heutigem Erkenntnisstand – voraussichtlich wirksamen Vertragsstrafenklausel folgende „Eckdaten“ festhalten:

1. Die Klausel für den (wesentlichen) Gesamt- Fertigstellungstermin (Endfertigstellungstermin aller vertraglich geschuldeten Leistungen) sollte inhaltlich, optisch und sprachlich von evtl. Vertragsstrafen für die Überschreitung sonstiger Termine getrennt sein.⁴
2. Die Summe jeglicher Vertragsstrafen im Vertrag darf maximal 5 % des Vergütungsanspruchs betragen.⁵
3. Maßgebliche Bezugsgröße für die vorgenannte Grenze von 5 % des Vergütungsanspruchs ist ausschließlich die Abrechnungssumme. Es ist bei der Formulierung der Vertragsstrafenklausel ausdrücklich dieser Begriff der „Abrechnungssumme“ zu verwenden und es empfiehlt sich die Klarstellung, dass es sich hierbei um die tatsächlich an den Auftragnehmer zu zahlende Vergütung handelt.⁶
4. Die tatsächliche Höhe dieser „Abrechnungssumme“ wird durch Vereinbarung der Parteien oder ggf. durch gerichtliche Entscheidung festgestellt. Dies kann in der Klausel durch die Formulierung „Abrechnungssumme in objektiv richtiger Höhe“ klargestellt werden.
5. Jegliche sprachliche Ungenauigkeit gefährdet die Wirksamkeit der Vertragsstrafenklausel wegen Intransparenz. Daher ist zu vermeiden, dass unterschiedliche Begriffe für die Bezugsgröße in demselben Vertrag und seinen Bestandteilen (BVB, AVB) verwendet werden („Auftragssumme“, „Schlussrechnungssumme“, Abrechnungssumme“, „Endabrechnungssumme“, „Endvergütung“ etc.)⁸
6. Es ist vorsorglich an den Verzug des Auftragnehmers mit der sanktionierten Frist anzuknüpfen. Wird eine Vertragsstrafenklausel so formuliert, dass sie unabhängig von einem Verschulden zum Zuge kommt, kann dies zur Unwirksamkeit der Klausel führen.⁹

* Franz + partner rechtsanwälte mbB.

¹ BGH, Urt. v. 15.02.2024 – VII ZR 42/22, abgedruckt in BauR 2024, 1039 – in diesem Heft.

² Vgl. die zusammenfassende Darstellung von Schneider, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teil A/B, 8. Aufl. 2022, § 11 VOB/B Rdnr. 148 m.w.N. auch zu der umstrittenen Frage, ob die „Auftragssumme“ der Vergütung *vor* Auftragsdurchführung oder der Vergütung *nach* Auftragsdurchführung entspricht.

³ Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.2007 – VII ZR 28/07 Rdnr. 14 m.w.N.

⁴ BGH, Beschl. v. 27.11.2013 – VII ZR 371/12.

⁵ BGH, Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01.

⁶ BGH, Urt. v. 15.02.2024 – VII ZR 42/22.

⁷ BGH, Urt. v. 15.02.2024 – VII ZR 42/22.

⁸ BGH, Urt. v. 06.12.2007 – VII ZR 28/07.

⁹ BGH, Urt. v. 26.09.1996 – VII ZR 318/95; bei Vereinbarung der VOB/B im Vertrag jedoch wirksam: BGH, Urt. v. 30.03.2006 – VII ZR 44/05.