

Welche Termine können in AGB des Bestellers noch wirksam vertragsstrafenbewehrt werden und wenn ja, wie?

In seinem jüngsten¹ Urteil zu einer Vertragsstrafenklausel in AGB des Bestellers hat der BGH entschieden, dass eine Klausel unwirksam ist, die bei Überschreitung einer Zwischenfrist eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der (Gesamt-) Auftragssumme vorsieht. Entscheidendes Argument war - ebenso wie in der grundlegenden Entscheidung zur maximal zulässigen Obergrenze von 5 % der Auftragssumme², an die der BGH ausdrücklich angeknüpft hat -, dass die Vertragsstrafe und der vom Unternehmer verdiente Werklohn in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen. Wendet man diesen Grundsatz konsequent an, kann nach Meinung des Verfassers eine Vertragsstrafe in AGB des Bestellers für die Überschreitung von Zwischenterminen nur noch eingeschränkt, für die Überschreitung des Endtermins nur noch bezogen auf die Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme und für die Überschreitung des Anfangstermins im Prinzip gar nicht mehr vereinbart werden. Dies wird deutlich, wenn man sich die Argumentation des BGH in den beiden genannten Entscheidungen vor Augen führt:

1. Das Hauptargument des BGH für die Festlegung der zulässigen Obergrenze von 5 % der Auftragssumme in der Entscheidung vom 23.01.2003 ist, dass eine Vertragsstrafenvereinbarung in AGB des Bestellers auch die Interessen des Auftragnehmers ausreichend berücksichtigen müsse³. Denn einerseits sei die Vertragsstrafe ein Druckmittel, um die termingerechte Fertigstellung des Bauwerks zu sichern; andererseits biete sie auch die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis⁴. Unter Berücksichtigung dieser Druck- und Kompensationsfunktion müsse auch die in AGB vereinbarte Vertragsstrafe in einem angemessenen Verhältnis zu dem Werklohn stehen, den der Auftragnehmer durch seine Leistung verdient⁵. Aus diesem Grund habe die Angemessenheitskontrolle von Vertragsbedingungen über Vertragsstrafen nach einer generalisierenden Betrachtungsweise zu erfolgen, was bedeute, dass auch die Obergrenze der Vertragsstrafe sich daran messen lassen müsse, ob sie generell und typischerweise in Bauverträgen, für die sie vorformuliert wurde, angemessen ist⁶. Davon könne bei einer Vertragsstrafe von bis zu 5% der Auftragssumme generell ausgegangen werden, während eine Vertragsstrafenregelung, deren Obergrenze 5 % der Auftragssumme überschreitet, nach diesem Maßstab unangemessen sei⁷.
2. Diese Grundsätze hat der BGH auch in seiner am 06.12.2012⁸ ergangenen Entscheidung angewandt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

¹ BGH, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 133/69 – IBR 2013, 69.

² BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870.

³ BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870.

⁴ BGH, Urteil vom 20.01.2000 – VII ZR 46/98 – BauR 2000, 1049.

⁵ BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870.

⁶ BGH, Urteil vom 17.01.2002 – VII ZR 198/00 – BauR 2002, 790.

⁷ BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870.

⁸ BGH, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 133/11 – IBR 2013, 69.

Der Vertrag zwischen Auftraggeber (AG), einem Deichverband, und Generalunternehmer (GU) enthielt eine Klausel, nach der für jeden Werktag des Verzuges sowohl bei Überschreitung der Ausführungsfrist als auch bei Überschreitung von Einzelfristen 5.000 € zu zahlen waren, wobei die Vertragsstrafe auf insgesamt 5 % der Auftragssumme begrenzt war. Die Klausel wurde in den Vertrag zwischen GU und Nachunternehmer (NU) einbezogen. Dieser hatte aus Gründen des Hochwasserschutzes bis zu einem bestimmten Termin – nach dem Vertrag zwischen AG und GU ein Zwischentermin – ein Deichtor einzubauen. Nachdem der NU den Termin schuldhaft überschritten hatte und der AG gegenüber dem GU die Vertragsstrafe geltend machte, rechnete der GU gegenüber dem Werklohnanspruch des NU mit einem aus dem Vertragsstrafenanspruch abgeleiteten Schadensersatzanspruch auf.

Seine Feststellung, dass die Vertragsstrafenklausel unwirksam ist (mit der Folge, dass der GU gegenüber dem NU nicht mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen kann), begründete der BGH damit, dass das angemessene Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und verdientem Werklohn dann nicht mehr gewahrt ist, wenn die Vertragsstrafe für einen Zwischentermin an die gesamte Auftragssumme anknüpft, also eine Bezugsgröße, die auch durch Leistungen erwirtschaftet wird, die erst nach dem Zwischentermin erbracht werden⁹. Die unangemessene Benachteiligung und damit die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich also letztlich daraus, dass bei Überschreitung des Zwischentermins eine Vertragsstrafe verwirkt wird, die höher ist als 5 % des bis zum Zwischentermin verdienten bzw. zu verdienenden Werklohns. Dies gelte, so der BGH, selbst dann, wenn – wie in dem zu entscheidenden Fall - an der Einhaltung einer Zwischenfrist ein größeres Interesse besteht als an der Einhaltung der Fertigstellungsfrist bzw. ein ebenso hoher oder sogar noch höherer Schaden entstehen kann als bei Überschreitung der Fertigstellungsfrist. Dadurch, dass der Auftraggeber seinen Schadensersatzanspruch gesondert gegen den Auftragnehmer verfolgen könne, sei er ausreichend geschützt. Darüber hinaus sei es ihm unbenommen, eine Vertragsstrafe individuell zu vereinbaren¹⁰.

3. Nach Meinung des Verfassers ergeben sich daraus für die künftige Gestaltung von Vertragsstrafenklauseln folgende Konsequenzen:
- 3.1 Zwischentermine können in AGB des Bestellers demnach nur noch vertragsstrafenbewehrt werden, wenn sie eine Begrenzung auf den jeweils anteiligen Wert der Teilleistungen, die zu dem Zwischentermin zu erbringen sind, vorsehen¹¹, wobei die Summe der verwirkten Einzelstrafen den zulässigen Höchstsatz nicht überschreiten darf¹². Bei der Formulierung der Vertragsstrafenklausel stellt sich somit das Problem, dass der Werklohn, der zum jeweiligen Zwischentermin verdient ist, fixiert werden muss, um dem Transparenzgebot zu genügen. Unabhängig davon, ob es sich um einen

⁹ BGH, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 133/11 – IBR 2013, 69.

¹⁰ BGH, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 133/11 – IBR 2013, 69.

¹¹ so schon OLG Hamm, Urteil vom 10.02.2000 – 21 U 85/98 – BauR 2000, 1202.

¹² BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870.

Einheits- oder einen Pauschalpreisvertrag handelt, muss der Besteller also exakt festlegen, welche Bauleistungen bis zu dem betreffenden Zeitpunkt erbracht werden müssen und wie diese monetär zu bewerten sind. Die jeweiligen Beträge stellen dann die Bezugsgröße für die Berechnung der Einzelstrafen dar, die wiederum nur 5 % des Wertes der Teilleistung betragen und in Summe 5 % der Gesamtvergütung nicht überschreiten dürfen. Die Bestimmung der Bezugsgröße(n) dürfte beim Einheitspreisvertrag noch vergleichsweise leicht fallen, weil anhand des verpreisten Leistungsverzeichnisses nachzuvollziehen ist, welche Vergütung für die zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringenden Leistungen geschuldet ist. Ungleich schwerer – wenn nicht gar unmöglich – dürfte dies beim Pauschalpreisvertrag sein: selbst wenn festgelegt wird, welche Teilleistungen zu einem bestimmten Zwischentermin erbracht sein müssen, kann der Besteller ohne Kenntnis der Kalkulation des Auftragnehmers nicht den darauf entfallenden Anteil der Pauschalvergütung bestimmen. Bei willkürlicher Festlegung durch den Besteller dürfte zwar die Klausel im Hinblick auf die Bezugsgröße zur Berechnung der Vertragsstrafe ausreichend transparent sein; ob gleichzeitig jeweils auch das angemessene Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und verdientem Werklohn gewahrt wird bzw. werden kann, ist jedoch mehr als zweifelhaft.

- 3.2 Eine Klausel, die für das Überschreiten der Ausführungsfrist bzw. des Endtermins eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der Auftragssumme vorsieht, scheint nach dem oben Gesagten wirksam zu sein. Dies ist aber nur auf den ersten Blick der Fall: Was genau unter dem Begriff der „Auftragssumme“ zu verstehen ist, ergibt sich nämlich weder aus der Entscheidung vom 23.01.2003 – dort war Bezugsgröße der „vereinbarte Pauschalpreis“ – noch aus derjenigen vom 06.12.2012. Auch gibt es keine verbindliche Definition des Begriffs „Auftragssumme“¹³: während es sich nach der einen Auffassung um die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung (inklusive Nachträgen und/oder Leistungsreduktionen), also letztlich die Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme, handeln soll¹⁴ (dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Begriff der Auftragssumme als einzige Bezugsgröße in einer Klausel genannt ist¹⁵), geht die andere Auffassung davon aus, dass der Betrag gemeint ist, zu dem der Auftrag erteilt wird, sprich die vor Ausführung der Leistung vereinbarte Vergütung¹⁶.

Nachdem aber in aller Regel die vor Ausführung vereinbarte und die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung nicht identisch sind, weil es selbst im Pauschalpreisvertrag zu Veränderungen der Vergütung kommen kann (§ 2 Abs. 7 VOB/B), ist der Begriff der „Auftragssumme“ als

¹³ Greiner, ZfBR 1999, 62.

¹⁴ Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 7. Teil, Rn. 90; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 11. Aufl., § 11 VOB/B, Rn. 59; Greiner, ZfBR 1999, 62.

¹⁵ Kniffka/Koebler, a.a.O., Handkommentar zur VOB, 11. Aufl., Kuffer, B § 11, Rn. 59; so auch LG Kleve, Urteil vom 14.03.2012 – 2 O 272/11 – IBR 2012, 323.

¹⁶ Leinemann-Hafkesbrink, VOB/B, 4. Aufl., § 9, Rn. 15; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 2584; Kapellmann/Messerschmidt-Langen, VOB, 3. A., § 11 VOB/B, Rn. 89; Kemper, BauR 2001, 1015.

Bezugsgröße für die Vertragsstrafe ohne weitere Erläuterungen mehrdeutig. Da gem. § 305c Abs. 2 BGB Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders gehen, ist für die Frage der Wirksamkeit der Klausel die kundenfeindlichste Auslegung maßgeblich¹⁷. Welche dies ist, soll anhand des folgenden Beispielsfalls

Die Auftragssumme beträgt 100.000 €, die vereinbarte Vertragsstrafe 5%; der Auftragnehmer (AN) verwirkt die volle Vertragsstrafe

untersucht werden:

- 3.2.1 Ist Bezugsgröße die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung, sind folgende Varianten denkbar:

Var. 1: *die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung beträgt 100.000 €. Verwirkt ist demnach eine Vertragsstrafe von 5.000 €.*

Var. 2: *die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung beträgt aufgrund von Massenmehrungen oder Nachträgen 120.000 €. 5 % Vertragsstrafe betragen daher 6.000 €.*

Var. 3: *aufgrund von Massenreduzierungen beträgt die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung 80.000 €. Die 5 %ige Vertragsstrafe beträgt somit 4.000 €.*

Das Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und „verdientem Werklohn“ bleibt also gleich, unabhängig davon, ob sich die „Auftragssumme“ erhöht oder reduziert.

- 3.2.2 Ist Bezugsgröße die vereinbarte (=voraussichtliche) Vergütung vor Ausführung der Leistung, beläuft sich die Vertragsstrafe logischerweise immer auf 5.000 €. Denkbar sind folgende Varianten:

Var. 4: *die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung entspricht exakt der vor Ausführung der Leistung vereinbarten Vergütung von 100.000 €. 5.000 € Vertragsstrafe entsprechen dann 5% der geschuldeten Vergütung.*

Var. 5: *aufgrund von Massenmehrungen oder geänderten/zusätzlichen Leistungen beläuft sich die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung auf 120.000 €. 5.000 € Vertragsstrafe entsprechen dann (nur noch) 4,17 % der geschuldeten Vergütung.*

Var. 6: *aufgrund von Massenreduzierungen beträgt die Schlussrechnungssumme nur 80.000 €. 5.000 € Vertragsstrafe entsprechen dann 6,25 % der nach Ausführung der Leistung geschuldeten Vergütung*

Wenn die vereinbarte Vergütung vor Ausführung der Leistung maßgeblich ist, verschlechtert sich das Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und

¹⁷ BGH; Urteil vom 11.02.1992 – XI ZR 151/91 – NJW 1992, 1097.

verdientem Werklohn für den Auftragnehmer dann, wenn die nach Ausführung der Leistung geschuldete Vergütung niedriger ist als die vor Ausführung vereinbarte.

- 3.2.3 Die kundenfeindlichste Auslegung des Begriffs der „Auftragssumme“ als Bezugsgröße für die Berechnung der Vertragsstrafe ist also diejenige, die als „Auftragssumme“ die vor Ausführung der Leistung vereinbarte Vergütung ansieht. Da diese Auslegung zur Folge hat, dass die Vertragsstrafe die zulässige Obergrenze von 5 % des verdienten Werklohns übersteigt, wenn die Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme niedriger ist als die vor Ausführung der Leistung vereinbarte Vergütung, benachteiligt eine Vertragsstrafenklausel, deren Bezugsgröße ohne weitere Erläuterung die „Auftragssumme“ ist, den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam. Eine wirksame Vertragsstrafenklausel für das Überschreiten des Fertigstellungstermins muss also entweder an die Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme anknüpfen oder klarstellen, dass mit „Auftragssumme“ die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung gemeint ist.
- 3.3 Bleibt noch zu klären, ob, und wenn ja, wie die Überschreitung des Anfangstermins wirksam vertragsstrafenbewehrt werden kann. Wendet man die vom BGH in den Entscheidungen vom 23.01.2003 und 06.12.2012 aufgestellten Grundsätze konsequent an, ist jedenfalls eine Klausel, nach der der Anfangstermin eine der Einzelfristen ist, bei deren Überschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der (Gesamt-) Auftragssumme verwirkt werden kann, unwirksam. Grund dafür ist, dass der Auftragnehmer die volle Vertragsstrafe – bezogen auf die Gesamtauftragssumme – verwirken kann, obwohl er zum Zeitpunkt der Überschreitung des Anfangstermins noch gar keinen Werklohn verdient hat. In Anlehnung an das oben unter 3.1 zu den Zwischenterminen Gesagte kann eine Vertragsstrafe für das Überschreiten des Anfangstermins daher nur dann noch wirksam vereinbart werden, wenn der Auftragnehmer bereits mit dem Erreichen des vereinbarten Termins zum Beginn der Arbeiten einen bestimmten Teil der Vergütung „verdient“ (obwohl zu diesem Zeitpunkt möglicherweise noch gar keine Bauleistung erbracht wurde) und dieser Betrag die Bezugsgröße für die Berechnung der Vertragsstrafe ist. Andernfalls könnten „verdienter“ Werklohn und Vertragsstrafe nicht in dem vom BGH postulierten angemessenen Verhältnis stehen. Aus Sicht des Bestellers (und Verwenders) dürfte es somit sinnlos sein, für die Überschreitung des vereinbarten Baubeginns eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Schließlich könnte diese nur 5 % des Teils der Vergütung betragen, den der Auftragnehmer mit dem bloßen Erreichen des vereinbarten Termins „verdient“, also ohne dafür eine Bauleistung erbracht zu haben. Um den Auftragnehmer zur Einhaltung des vereinbarten Baubeginns anzuhalten, bleibt dem Besteller daher nur – worauf in der Entscheidung vom 06.12.2012 auch explizit hingewiesen wurde¹⁸ - entweder eine Vertragsstrafe für die Überschreitung des Anfangstermins individuell zu vereinbaren¹⁹ oder einen etwaigen Schaden gesondert gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen.

¹⁸ BGH, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 133/11 – IBR 2013, 69, Rz. 19.

¹⁹ Zu den hohen Anforderungen vgl. jüngst BGH, Urteil vom 07.03.2013, VII ZR 162/12.

4. Zusammengefasst muss eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung in AGB des Bestellers also folgenden Anforderungen genügen:
- Für die Überschreitung des Anfangstermins kann in AGB des Bestellers nur dann eine Vertragsstrafe vorgesehen werden, wenn bereits für den Beginn der Arbeiten eine Vergütung vereinbart ist und diese die Bezugsgröße für die Berechnung der Vertragsstrafe ist. Kumuliert mit darüber hinaus verwirkten Einzelstrafen darf die Summe 5 % der Auftragssumme nicht überschreiten, wobei Auftragssumme als die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung zu definieren ist.
 - Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für das Überschreiten von Zwischenterminen ist zwar prinzipiell möglich. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der zum jeweiligen Zwischentermin geschuldete/verdiente Werklohn im Bauvertrag exakt bestimmt wird und dieser Bezugsgröße für die Vertragsstrafe ist, wobei die Summe der verwirkten Einzelstrafen den zulässigen Höchstsatz von 5 % der Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme nicht überschreiten darf, s. o..
 - Eine Vertragsstrafenklausel für das Überschreiten des Endtermins muss an die Abrechnungs-/Schlussrechnungssumme anknüpfen bzw. zumindest die Klarstellung enthalten, dass mit „Auftragssumme“ die nach Abwicklung des Bauvertrages geschuldete Vergütung gemeint ist. Darüber hinaus muss klar definiert sein, ob dabei die Umsatzsteuer zu berücksichtigen ist oder nicht²⁰.

**Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Jörg Mayr, Köln**

²⁰ OLG Köln, Urteil vom 23.12.2011 – 19 U 24/11 – IBR 2013, 14.